Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers.

Ihre juristische Konstruktion und ihre Eintragungsfähigkeit.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde.

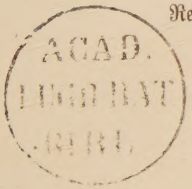
Der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Paul Wiebering,

Referendar aus Malchin.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1904.

Den Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	I. Geschichtlicher Überblick	3
	II. Juristische Konstruktion der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers	5
	A. Die Theorie	5
§ 3.	1. Die Vormundschaftstheorie	5
§ 4.	2. Die Mandatstheorie	7
§ 5.	3. Die Schiedsrichtertheorie	11
§ 6.	4. Die Legatstheorie	12
§ 7.	5. Die Theorie der formellen Repräsentation des Erblassers	14
	6. Die Stellvertretungstheorien	15
§ 8.	a) Vertretung des Erblassers	15
§ 9.	b) Vertretung des Erben	17
§ 10.	c) Vertretung des Nachlasses	23
§ 11.	d) Doppelvertretung	24
	7. Die Eigenrechtstheorie	26
§ 12.	a) Ihre Unterscheidungsmerkmale von den Vertretungstheorien	26
§ 13.	b) Die Theorie vom beschränkten dinglichen Recht am Nachlaß	28
§ 14.	c) Widerlegung der Gegengründe gegen die Eigenrechtstheorie	36
§ 15.	B. Die Praxis	39
§ 16.	Anhang: Die Eintragungsfähigkeit des Rechts des Testamentsvollstreckers	42

Literaturverzeichnis.

André, Die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung usw. Freiburger Diss. 1900.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 1859.

Arnold, Der Testamentsvollstrecker. Freiburger Diss. 1902.

Beseler, Von den Testamentsvollziehern (in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9). Zitiert Beseler Z.

Beseler, System des deutschen Privatrechts. 1885.

Bluntschli, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. 1860.

Boehm, Erbrecht des B.G.B. 1896.

Brettner, Der Testamentsvollstrecker nach neuem deutschen Recht (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17). 1900.

Brettner, Zum Titel über den Testamentsvollstrecker (in der Zeitschrift „Das Recht" Jahrg. 1900 Nr. 15).

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechts. 1897.

Bunsen, Die Parteien im Zivilprozesse (in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß Bd. 26).

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1904.

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. 1896.

Dernburg, Pandekten. Bd. 3. 1903.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 3. 1884.

Dernburg, Das bürgerliche Recht Deutschlands und Preußens. Bd. 1. 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. 1900.

R. Förster, Über die Stellung, die Rechte und die Pflichten des Testamentsvollstreckers (im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 12).

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 4. 7. Aufl. 1896—97.

Fromhold, Kommentar zum B.G.B., Erbrecht. 1900.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1901.

Gengler, Deutsches Privatrecht. 1892.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. 1858.

Gierke, Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht. 1889.
Goldfeld, Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. 1893.
Gruchot, Preußisches Erbrecht. Bd. 3. 1866.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1886.
Hinschius, Die rechtliche Stellung der Testamentsexekutoren usw. (in der preußischen Anwaltszeitung 5. Jahrg. Nr. 48 ff.). 1866.
Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.
Kiehl, Eintritt in den Prozeß (in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß Bd. 30).
Koch, Das preußische Erbrecht. 1866.
Köppen, Lehrbuch des Erbrechts. 1895.
Lissauer, Die juristische Natur des Testamentsvollstreckers. Erlanger Diss. 1896.
Maeder, Die Rechtsstellung des Testamentsexekutors usw. Marburger Diss. 1896.
Marcus, Die Testamentsvollstreckung nach dem B.G.B. (im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 8).
Marschner, Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung. Rostocker Diss. 1904.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem B.G.B. 1900.
Motive zum Entwurf des B.G.B. 1888.
Patzelt, Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach gemeinem Recht und B.G.B. Greifswalder Diss. 1904.
Pelargus, Das Erbrecht des B.G.B. 1899.
Petersen-Anger, Kommentar zur Z.P.O.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 5. 1901.
Protokolle der zweiten Kommission. 1897.
Randa, Erwerb der Erbschaft 1867.
Reißner, Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit und Unwirksamkeit des Testaments. Freiburger Diss. 1901.
Rosenthal, Die rechtliche Natur der Testamentsexekution usw. Breslauer Diss. 1883.
Roßhirt, Über Testamentsexekutoren (in den Abhandlungen zivilistischen und kriminalistischen Inhalts Bd. 1). 1833.
Scholz III, Über Testamentsvollzieher. 1841.
Schultze, Die langobardische Treuhand (in Gierkes Untersuchungen Heft 49). 1895.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht (Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 43). 1901.
Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung. Rostocker Diss. 1899.
Seuffert, Kommentar zur Z.P.O. 1902.
Siegert, Rechtliche Natur und Stellung des Testamentsvollstreckers nach dem B.G.B. Leipziger Diss. 1903.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 3. 1869.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 5. 1885.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B.G.B. 1903.

Stüve, Zur Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers usw. Greifswalder Diss. 1897.

Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem B.G.B. (im ersten Teil ein Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 20). 1898.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 6. 1879.

Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages. Bd. 1 und 3. 1890 und 1892.

Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren.

Wilke, Kommentar zum Erbrecht.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 3. 1891.

Wolff, Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Führung von Prozessen um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments. Göttinger Diss. 1902.

Verschiedene Entscheidungssammlungen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0050

§ 1.

Einleitung.

Dem Interesse des Menschen an der Bestimmung des Schicksals seines Vermögens nach seinem Tode wird die Rechtsordnung dadurch gerecht, daß sie ihm gestattet, letztwillige Verfügungen zu treffen. Seine Anordnungen treten aber erst in Kraft, wenn er gestorben ist; er kann also ihre Ausführung nicht mehr überwachen. Da nun auch in den weitaus meisten Fällen die Behörde sich wegen Mangels eines öffentlichen Interesses nicht darum kümmert noch darum kümmern darf, so muß er sich gewöhnlich auf den guten Willen des Erben verlassen.

Das ist eine schwache Sicherheit. Einerseits nützt der gute Wille nicht, wo das Können fehlt, wo es sich um einen geschäftsunkundigen, wenig gewandten Erben handelt; andererseits wird recht häufig der Wille überhaupt fehlen, die Bestimmungen des Erblassers strikt zur Ausführung zu bringen. Die „lachenden Erben" werden ja in den meisten Fällen durch solche Anordnungen beschränkt, erhalten weniger, als sie ohne dieselben bekommen würden, und da verwandelt sich bald das Lachen in bitteren Streit; im Kampf ums Gold, um Mein und Dein geht die Pietät verloren: statt den Willen des Testators zu achten, sucht jeder die Einschränkungen seines Erbteils möglichst zu umgehen und zu erraffen, was erreichbar ist.

Um die Ausführung seines letzten Willen zu sichern, wird der Erblasser daher gut tun, dessen Vollstreckung einem Unbeteiligten, einem Manne seines Vertrauens, zu übertragen. Auch hier wird er allerdings von der Treue dieses Dritten abhängen; aber da es sich nicht um dessen materielle Interessen handelt, so wird dieser vermutlich unparteiischer handeln und seinen Pflichten gegen den Verstorbenen getreulicher nachkommen als die Erben.

Soll der Testamentsvollstrecker[1]) diese Pflichten erfüllen können, so muß er Rechte haben. Sie hat ihm der Erblasser letztwillig zu erteilen. Inwieweit er das will, steht in seinem freien Ermessen; empfehlen wird sich jedoch, daß „der Laie nicht gescheiter sein will als der Gesetzgeber",[2]) daß er die Ernennung nicht durch Sonderanordnungen kompliziere, vielmehr ihm die Rechte gebe, die das Gesetz als die normalen hinstellt.

Nur solch ein T.V. mit normalen Befugnissen soll den Gegenstand unserer Betrachtung bilden, wenn nun im folgenden nach einem kurzen geschichtlichen Überblick untersucht wird, wie dessen Rechtsmacht juristisch zu konstruieren ist.

---

[1]) In Zukunft abgekürzt: T.V.

[2]) Arnold, Der Testamentsvollstrecker S. 77.

§ 2.

I. Geschichtlicher Überblick.

Es ist das Verdienst der historischen Schule, dargetan zu haben, daß zur Erforschung des Wesens eines Rechtsinstituts die erheblichste Quelle die Erkenntnis seiner Geschichte ist. Wenn gleichwohl an dieser Stelle davon abgesehen werden soll, die historischen Grundlagen der Testamentsvollstreckung klarzulegen, so mag das damit entschuldigt werden, daß in sämtlichen Monographien über die Stellung des T.V. die Geschichte unseres Instituts in mehr oder minder gründlicher und erschöpfender Weise dargestellt ist, so daß alle diejenigen, welche darüber wissenschaftlich arbeiten wollen — und andere pflegen Dissertationen nicht zu lesen —, dort genügende Auskunft finden können.

Hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß alle Versuche, den Keim der heutigen Testamentsvollstreckung schon im römischen Recht zu erblicken, als gescheitert zu betrachten sind,[1]) daß die Wiege unseres Instituts vielmehr ausschließlich das germanische Recht, seine Wurzeln die Treuhänderschaft und die Vogtei sind.[2]) Und so stark war seine Kraft, daß es dem Ansturm des römischen Rechts standzuhalten vermochte, wobei ihm zustatten kam, daß die Kirche es — in selbstischem Interesse — begünstigte und in das kanonische Recht aufnahm, allerdings indem sie dem germanischen Recht fremde Elemente in die Rechtsentwicklung des Instituts hineintrug.[3])

---

[1]) A. M. nur Goldfeld, Streitfragen S. 79.

[2]) Beseler Z. § 1; Heusler, Institutionen Bd. 2 S. 652; Scholz III, Über Testamentsvollzieher §§ 2—8.

[3]) vgl. Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung S. 13 Anm. 1; auch Lissauer, Die juristische Natur des T.V. § 3.

Im gemeinen Recht bildete sich die Testamentsvollstreckung im Wege des Gewohnheitsrechts weiter, und die rechtliche Natur des Instituts wie die einzelnen Befugnisse des T.V. waren Gegenstand mannigfacher und viel erörterter Kontroversen, ohne daß je eine Einigung erzielt wäre. So konnte mit vollem Recht Beseler[1]) die Lehre vom T.V. eine „verwahrloste" und noch die Motive[2]) sie „ein dunkles Institut" nennen, zumal auch durch die deutschen Kodifikationen wenig Klarheit geschaffen wurde. Erst das Bürgerliche Gesetzbuch hat viele, wenn auch bei weitem nicht alle Streitpunkte in ausführlicher Regelung beseitigt, aber die Frage nach der rechtlichen Konstruktion der Stellung des T.V. bewußterweise[3]) offen gelassen und der Rechtswissenschaft zur Lösung überwiesen. Dabei ist ein Eingehen auf die bereits für das gemeine Recht aufgestellten Theorien nicht zu vermeiden.

---

[1]) In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9 S. 175.
[2]) Bd. 5 S. 236.
[3]) vgl. Motive V 217.

II. Juristische Konstruktion der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers.

A. Die Theorie.

§ 3.

1. Die Vormundschaftstheorie.

Cujaz hatte versucht, das Institut der Testamentsvollstreckung allein aus dem römischen Recht, namentlich aus der Nov. 68 Leonis zu erklären. Faber widerlegte ihn und forderte, das moderne Institut in seiner Eigentümlichkeit anzuerkennen und es seiner Natur gemäß nach Analogie der Vormundschaft zu beurteilen, einer Analogie, die schon Durandus in seinem speculum juris gelegentlich benutzt und aus welcher er wichtige Rechtsregeln abgeleitet hatte.[1]) Diese Ansicht blieb im 17. Jahrhundert die herrschende. Ihr folgten Mynsinger, Treutler, Mevius, Carpzow, Struv, Stryk, Wernher, an Gesetzbüchern die Nürnberger und Frankfurter Reformation sowie das Württemberger Landrecht.[2])

In der Tat ist diese Vergleichung nicht ganz willkürlich, und gewisse Ähnlichkeiten sind nicht zu leugnen. Beide Institute stimmen darin überein, daß eine Verwaltung fremden Vermögens vorliegt, daß der Eigentümer dieses Vermögens an der Verfügung darüber gehindert ist und unfreiwillig durch die Rechtsgeschäfte des Verwalters verpflichtet wird. Aber das sind Ähnlichkeiten, die sich auch bei der Konkursverwaltung und der Liquidation finden und die durchaus unterge-

[1]) vgl. hierüber Beseler Z. S. 161 und 159.

[2]) Entnommen aus Beseler Z. eod.

ordneter Natur sind im Vergleich zu den folgenden Unterscheidungsmerkmalen.

Die Vormundschaft, ein Institut des Familienrechts, findet ihren Hauptzweck auf sittlichem und ethischem, die dem Erbrecht angehörende Testamentsvollstreckung auf vermögensrechtlichem Gebiete. Der Vormund wird daher bestellt, selbst wenn nicht das geringste Vermögen vorhanden ist; er hat hauptsächlich für die Person des Mündels und ausschließlich für dessen Interessen zu sorgen, der T.V. für ein Vermögen, das den Interessen verschiedener Personen dient. Die Bestellung eines Vormundes liegt im öffentlichen Interesse und muß erfolgen bei gesetzlich festgelegtem Tatbestand, die Ernennung eines T.V. geschieht im Privatinteresse und steht im freien Willen des Erblassers. Sie bewirkt eine Beschränkung des voll geschäftsfähigen Erben in der Verfügungsbefugnis über gewisse Sachen und Rechte, die Bestellung eines Vormundes gibt dem handlungsunfähigen bezw. beschränkt geschäftsfähigen Mündel einen Vertreter, beschränkt ihn also nicht, sondern erweitert seine Befugnisse.[1])

Im Laufe des 18. Jahrhunderts begann man daher die Analogie als unpassend zu verwerfen, doch blieben ihr Kreitmayr, Dürr, Hofacker und Günther treu.[2]) Von den Neueren vertreten diese Ansicht noch Windscheid[3]) und Heusler.[4]) Ersterer gibt zu, daß der Vormund im öffentlichen Interesse bestellt wird und daß er sein Amt annehmen muß, während beides beim T.V. nicht zutrifft. „Aber daraus folgt eben auch nur, daß man die Konsequenzen aus diesen beiden Punkten bei der Ausbildung des Instituts im einzelnen wegzulassen hat." Tut man das aber, so wird — wie Arnold[5]) richtig bemerkt — für seine Analogie nicht mehr viel übrig bleiben. Das einzige, was man aus ihr gewinnt, ist die von dem Erben unabhängige Stellung des T.V., und das ist immerhin noch ein Vorzug[6]) vor der

[1]) So Sturm, Die Lehre von den T.V. S. 29 Anm. 1.

[2]) Entnommen aus Beseler Z. S. 164.

[3]) Pandekten Bd. 3 § 567 Anm. 7.

[4]) Institutionen Bd. 2 S. 652; gegen ihn Schultze, Die langobardische Treuhand § 11 S. 77.

[5]) a. a. O. S. 10.

[6]) cf. Lissauer a. a. O. S. 20 und Gierke, Der Entwurf S. 520.

Analogie des Mandats, die die Vormundschaftstheorie allmählich verdrängte.

§ 4.

2. Die Mandatstheorie.

Den Übergang zwischen beiden Theorien bildet wohl die Lehre Lauterbachs. Nach ihm[1]) ist die causa efficiens executorum das Mandat, das Rechtsverhältnis wird aber unabhängig davon nach Analogie der Vormundschaft dargestellt. Allmählich wurde nun das Mandat die Hauptsache und alles darauf aufgebaut. In diesem Sinne behandeln die Testamentsvollstreckung das preußische Landrecht und das österreichische Gesetzbuch sowie Cocceji, Rüling,[2]) Klaproth Thibaut, v. Wening-Ingenheim, Mühlenbruch, Göschen, Puchta,[3]) ferner Scholz III,[4]) Arndts[5]) und Sintenis.[6])

Ihre Auffassung unterliegt gewichtigen Bedenken.

Das gemeinrechtliche Mandat ist ein Vertrag, die Ernennung zum T.V. ein einseitiges Rechtsgeschäft von Todeswegen, das sich auch nicht als Vertragsofferte ansehen läßt, so daß durch Übernahme des Amtes seitens des T.V. der Vertrag geschlossen würde; denn der Tote kann nicht mit dem Lebendigen kontrahieren. Läge in der Ernennung eine Mandatsofferte, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch die Erbeinsetzung und das Legat Verträge sind, warum man nicht auch in der Auferlegung eines modus an den Legatar zugunsten eines Dritten ein Mandat erblicken sollte.

Ein viel verwendetes Angriffsmittel gegen diese Theorie ist ferner, daß das Mandat des römischen Rechts durch den Tod erlösche und nicht vererblich sei, während bei der Testamentsvollstreckung der Auftrag erst nach dem Tode wirksam werden solle. Das ist aber ein Argument, das heute fortfällt, denn wie schon nach dem alten Handels-

---

[1]) Entnommen aus Beseler Z. S. 161.

[2]) Von Beseler und allen, die ihm folgen, fälschlich Zoller zitiert; vgl. Sturm S. 10.

[3]) Nach den Angaben Beselers a. a. O. S. 163.

[4]) Über Testamentsvollzieher S. 36.

[5]) Pandekten § 504.

[6]) Zivilrecht Bd. 3 S. 477 ff.

gesetzbuch wird auch jetzt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers nicht ohne weiteres beendet. Dazu kommt, daß auch das römische Recht schon ein mandatum post mortem kannte (vgl. l. 12 § 17 und l. 13 D. 17, 1). Aber hier wie dort wurde schon bei Lebzeiten des Mandanten ein Vertrag geschlossen, es liegt also doch erheblich anders als bei der Testamentsvollstreckung. Zwar wendet man ein, auch bei ihr pflege sich der Erblasser in den weitaus meisten Fällen mit dem zu ernennenden Vollstrecker ins Einvernehmen zu setzen, aber — abgesehen davon, daß es sehr fraglich ist, ob darin ein Auftrag erblickt werden kann — sehr häufig fehlt auch diese Verständigung, und es ist doch sicherlich unmöglich, dem T.V. eine verschiedene Stellung zu geben, je nachdem er vor dem Tode des Erblassers von seiner Ernennung wußte und sich mit der Übernahme einverstanden erklärte oder nicht.

Ferner: Wie soll aus dem Mandat, zu dessen Wesen doch die Widerruflichkeit gehört, die Bindung des Erben erklärt werden? Liegt ein Vertrag vor, so rückt der Erbe mit dem Anfall der Erbschaft in die Rechtsstellung des Erblassers ein; er müßte also an Stelle des Verstorbenen widerrufen können, was bei der Testamentsvollstreckung ausgeschlossen ist. Um diese Bedenken zu beseitigen, hat man[1]) behauptet, der T.V. sei nicht Beauftragter des Erblassers, sondern ein testamentarisch ernannter, unwiderruflicher Mandatar des Erben. Woraus hier die stillschweigend eingeschobene Unwiderruflichkeit resultieren sollte, ist nicht einzusehen. Außerdem macht ein Mandat zum Besten des Erben den Erben nicht zum Mandanten. Will man also überhaupt von einem Auftrag reden, so muß man einen Auftrag des Erblassers annehmen. Ein solches Mandat wäre aber, wie Wolff[2]) bemerkt, „ein einseitiger, unwiderruflicher Auftrag zur Führung von Geschäften für dritte Personen mit unmittelbarer Wirkung für diese, ohne Möglichkeit für sie, sich dieses Geschäftsführers zu entledigen", m. a. W. ein juristisches Monstrum. Nimmt man, um diese Schwierigkeiten zu umgehen, wie Siebenis[3]) einfach eine Erweiterung der tatsächlichen Voraussetzungen des Mandats an, so liegt darin ein Aufgeben des

[1]) vgl. die in Stobbe Bd. 5 S. 275 Anm. 44 Zitierten.
[2]) Die Befugnis des T.V. zur Führung von Prozessen usw. S. 26.
[3]) Zivilrecht Bd. 3 S. 481.

Begriffs.[1]) Man gibt, wie man ein Tanzvergnügen und ein Kinderspielzeug gleichmäßig als Ball bezeichnet, zwei grundverschiedenen Dingen denselben Namen, ohne dadurch auch nur irgendwie weiterzukommen.

Die durchaus unfruchtbare Mandatstheorie mußte denn auch im gemeinen Recht anderen weichen, und vollends ist im neuen Reichsrecht kein Platz mehr für sie. Abgesehen davon, daß nach ihm der Auftrag stets unentgeltlich ist, während dem T.V. im Regelfall eine Vergütung zusteht, geht das schon daraus klar hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch für die Stellung des T.V. den Ausdruck „Amt" gebraucht, eine Bezeichnung, die nun und nimmer auf einen Mandatar des Erblassers passen kann. Auch widerspricht die dem T.V. im Bürgerlichen Gesetzbuch gewährte Unabhängigkeit und Selbständigkeit entschieden einer solchen Annahme.

Sturm[2]) behauptet zwar, das Bürgerliche Gesetzbuch sei wieder in die Mandatstheorie verfallen, da es in § 2218 die analoge Anwendung einiger für den Auftrag geltenden Bestimmungen auf das Rechtsverhältnis zwischen dem T.V. und dem Erben vorschreibe. Dieser Tadel ist aber unbegründet. „Die grundsätzliche Verschiedenheit zweier Institute schließt nicht aus, daß sie einzelnes gemeinsam haben."[3]) Solche gemeinsame Punkte sind es, welche in den in § 2218 aufgezählten Paragraphen geregelt werden. Letztere berühren keineswegs die oben erwähnte Unabhängigkeit des T.V. vom Erben, sie beziehen sich nur ganz allgemein auf Pflichten und Rechte, die jede Führung fremder Interessen mit sich bringt. Es war möglich, sie bei der Testamentsvollstreckung noch einmal auszusprechen; wird einfach auf die Bestimmungen des anderen Instituts verwiesen, so mag das unschön sein, ist aber jedenfalls bequemer und berechtigt nicht zu dem Schluß, das Gesetzbuch sehe beide als wesensgleich an. Derartige Verweisungen auf die Vorschriften über den Auftrag finden sich denn auch häufiger im B.G.B., z. B. § 681 für den Geschäftsführer ohne Auftrag, § 1835 für den Vormund, § 1978 bei der Nachlaßverwaltung für die Verantwortlichkeit des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern

[1]) Hinschius in der Preuß. Anwaltszeitung von 1866 Spalte 761.
[2]) a. a. O. S. 85.
[3]) So Strohal S. 292 gegen Sturm.

aus Geschäften, die er nach der Annahme der Erbschaft vorgenommen hat, ohne daß in diesen Fällen das Gesetz hätte behaupten wollen, die fraglichen Rechtsinstitute seien dem Mandat wesensgleich.

Dagegen scheint mir in § 2226 ein Anklang an die Mandatstheorie zu liegen, da hier dem T.V. das Recht gegeben wird, jederzeit nach freiem Belieben, nicht bloß beim Vorhandensein eines triftigen Grundes, zu „kündigen". Schon der Ausdruck deutet auf ein Vertragsverhältnis hin, denn er wird sonst im Gesetz nur bei Verträgen gebraucht. Aber auch das Recht selbst, sich dem übernommenen Amte zu entziehen, dürfte m. E. dem T.V. nicht zustehen. Er hat, wie schon in der Einleitung erwähnt, seine Rechte nur erhalten, um seine Pflichten erfüllen zu können, die Pflicht war das Primäre; auf eine Pflicht aber kann man nicht verzichten. So versagte ihm denn auch die überwiegende Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller dieses „Kündigungs"recht, ja benutzte sein Fehlen gerade, um hierin noch einen schwerwiegenden Grund für die Verschiedenheit des T.V. vom Mandatar zu finden.[1]) Die Motive[2]) erkennen an, daß diese Befugnis nicht überall unbestritten sei, entschließen sich aber dennoch[3]) zur Gewährung dieses Rechts auf Grund der Besorgnis, eine ersprießliche Tätigkeit des wider seinen Willen im Amte festgehaltenen Vollstreckers sei nicht zu erwarten. Liegt es denn beim Vormund anders? Und doch muß er im Amte bleiben. Dazu kommt noch, daß bei seinem Ausscheiden die erneute Bestellung eines Vormundes ohne Schwierigkeit möglich wäre; hat dagegen der Erblasser in der Erwartung, der T.V. werde sein Amt zu Ende führen, die Bestimmung eines Ersatzmannes unterlassen, so ist die Ernennung eines anderen Testamentsvollstreckers ausgeschlossen. Ein derartiges Bedürfnis kann aber auch nach den Motiven nicht anerkannt werden, da die Ausführung der letztwilligen Verfügung alsdann dem Erben selbst obliege. Daß der Erblasser ihn davon gerade ausschließen wollte, scheinen sie dabei zu vergessen. Die Aufnahme des § 2226 in das B.G.B. muß daher als eine bedauerliche Ausnahmebestimmung bezeichnet werden. Sie allein berechtigt aber m. E. nicht zu der An-

[1]) So Beseler Z. S. 169; Lissauer a. a. O. S. 20 u. a. m.; vgl. auch Hartmann in den Verhandlungen des 21. Juristentages Bd. 1 S. 20.

[2]) Bd. 5 S. 223.

[3]) a. a. O. S. 224.

nahme, daß das Gesetz auf dem Standpunkt der Mandatstheorie stehe. Das nimmt — auch aus anderen Gründen — allein nach Pelargus[1]) an.

§ 5.

3. Die Schiedsrichtertheorie.

Während der Herrschaft der Mandatstheorie wurde kurze Zeit lang noch eine andere Ansicht vertreten, die indes wenig Anhänger fand. Sie ist von Leyser begründet worden, dem sich Hellfeld, Thibaut und Roßhirt anschlossen.[2]) Nach ihnen ist der T.V. analog dem römischen arbiter zu behandeln.

Wie Beseler[3]) ausführt, verdankt diese Theorie — vielleicht durch eine Verwechslung des arbitrator mit dem arbiter compromissarius — ihre Entstehung einer Sitte des kanonischen Rechts. Man pflegte die Verwendung des Nachlasses zu frommen Zwecken dem T.V. zu überlassen, wodurch allerdings dem arbitrium desselben ein weites Feld der Wirksamkeit eingeräumt wurde. Aber dieses für einen besonderen Fall geltende Prinzip kann unmöglich genügen, die ganze Lehre danach zu beurteilen. Bei genauerer Vergleichung beider Institute ergeben sich denn auch manche Verschiedenheiten.

Zunächst weist Wolff[4]) darauf hin, daß Schiedsrichter von den Parteien frei gewählt werden, während der T.V. unabhängig vom Willen der Erben eingesetzt wird.[5]) Dann bedeutet aber auch die Ernennung zum T.V. und die zum Schiedsrichter nicht das gleiche, denn das Testament realisieren ist etwas anderes als den Schiedsrichter bei etwaigen Zwistigkeiten der Erben spielen.[6]) § 1025 Z.P.O. bestimmt als Voraussetzung des Auftretens eines Schiedsrichters das Vorliegen eines Streites zwischen den Parteien. Hätte demgemäß der T.V. nur bei Streitigkeiten unter den Erben tätig zu werden, so

---

[1]) Das Erbrecht des B.G.B. S. 144.

[2]) Nach Beseler Z. S. 163.

[3]) a. a. O. S. 171.

[4]) a. a. O. S. 28.

[5]) Zu beachten ist allerdings § 1048 Z.P.O., der in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügung angeordnete Schiedsgerichte kennt.

[6]) Rosenthal, Die rechtliche Natur der Testamentsexekution S. 12.

könnte er gegenüber dem einmütigen Willen der Interessenten, den Testamentsbestimmungen zuwiderzuhandeln, nichts ausrichten, während ihm doch zweifellos die Befugnis (und die Pflicht) zusteht, den Willen des Testators unbedingt durchzusetzen auch gegen den Einspruch sämtlicher Beteiligten. Widerspricht die Ansicht der Erben den Bestimmungen des Erblassers, so hat er sich eben nicht um sie zu kümmern. Noch weniger geht ihn ihr Streiten untereinander an; ein Recht zur Schlichtung dieser Zwistigkeiten hat er also im Zweifel keinesfalls.[1]) Hat ihn aber der Erblasser ausdrücklich dazu autorisiert, so liegt darin noch immer nicht die Verleihung einer unbeschränkten schiedsrichterlichen Macht über die Erbinteressenten, vielmehr müssen diese, wenn sie sich in ihrem Recht verletzt fühlen, berechtigt sein, richterliche Entscheidung einzuholen,[2]) während das beim Schiedsrichter im Regelfall ausgeschlossen ist.

Aus alledem erhellt, daß die arbiter-Theorie ebenso zu verwerfen ist wie die früher besprochenen Analogien.

§ 6.

4. Die Legatstheorie.

Wie verschieden man auch die Stellung des T.V. auffaßte, „darin sind", so schreibt noch 1833 Roßhirt,[3]) „alle Parteien einig, daß das Rechtsverhältnis des T.V. nicht als ein eigentümliches im System des Rechts anzusehen, sondern analog zu behandeln ist". Daß diese in der Jurisprudenz jener Zeit unbedingt herrschende Ansicht falsch war, das nachgewiesen und bewirkt zu haben, daß heute niemand am Gegenteil zweifelt, ist ein Verdienst Beselers.

Bevor aber auf dessen Theorie eingegangen wird, sei die Ansicht Kochs besprochen, die eine Mittelstellung einnimmt. Er zieht zur Definition nicht römische Analogien heran, folgt aber auch andererseits nicht der Mehrheit, die in der Testamentsvollstreckung ein ministerium sui generis sieht, sondern hält sie nur für eine Unterart des Legates.

---

[1]) André, Die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung S. 17.

[2]) So auch Maeder, Die Rechtsstellung des Testamentsexekutors S. 12.

[3]) In seiner Abhandlung über Testamentsexekutoren S. 231.

Diese Theorie soll, wie nach dem Vorgange Beselers[1]) und Sturms[2]) sehr viele Schriftsteller behaupten,[3]) schon von Durandus begründet sein. Er war aber, wie Goldfeld[4]) überzeugend nachgewiesen hat, in Wirklichkeit ein Gegner dieser Ansicht, die demnach allein von Koch vertreten wird. Dieser behauptet,[5]) der T.V. sei ein mit der Pflicht das Testament zu vollstrecken onerierter Vermächtnisnehmer; das Vermächtnis bestehe in dem Honorar bezw. schon in der ein ehrendes Vertrauen beweisenden Zuwendung der Funktion eines T.V.

Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß es kaum mehr als „ein bloßes Wortspiel" ist,[6]) wenn man einen nur mit Mühe verbundenen Auftrag als materielles Legat bezeichnet. Dem Legat wesentlich ist ein Vermögensvorteil auf Kosten des Nachlasses. Ein solcher ist zwar vorhanden in dem Entgelt für die Mühewaltung; daraus aber auf das Vorliegen eines Legats zu schließen, hieße Ursache und Wirkung verwechseln: Der onerierte Vermächtnisnehmer wird oneriert, weil er honoriert ist, der T.V. honoriert, weil er oneriert ist. Dazu kommt, daß der Erblasser eine Vergütung ausschließen kann.

Ferner: Das Legat beschränkt den Erben quantitativ, die Testamentsvollstreckung dagegen qualitativ. Der Legatar erhält nur einen Vermögenszuwachs ohne das Recht, persönlich irgend welche bindende Bestimmung über das Schicksal des Nachlasses gegenüber dem Erben zu treffen, während der T.V. eine persönliche Macht über das hinterlassene Vermögen bekommt. Bedenkt man außerdem, daß dem Nachlaß gegenüber der Legatar berechtigt ist, während der T.V. hauptsächlich Pflichten hat, daß seit der Gestaltung des Vermächtnisses im Bürgerlichen Gesetzbuch dieses nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben gewährt, die Bestellung des T.V. dagegen unmittelbar wirkt, so wird man nicht verkennen können, daß die Ansicht Kochs irrig ist.

In ihr liegt allerdings, wie mit Hartmann[7]) hervorgehoben

---

[1]) a. a. O. S. 159.
[2]) a. a. O. S. 11.
[3]) z. B. Rosenthal a. a. O. S. 13.
[4]) a. a. O. S. 76.
[5]) in seinem preußischen Erbrecht S. 330 ff.
[6]) So Sturm a. a. O. S. 11.
[7]) Verhandlungen I S. 17.

werden mag, das richtige Moment, daß durch die Ernennung eines T.V. eine Art von Ausschöpfung aus der Rechtssphäre des Erblassers bewirkt wird, daß aus jener letztwilligen Ermächtigung eine die wirklichen Sukzessoren des Erblassers beschränkende Rechtsstellung erwächst, die in gewissem Umfange zur Verfügung über fremden Vermögensstoff berechtigt. Daraus aber läßt sich nicht, wie Goldfeld[1]) will, schließen, Koch habe nur sagen wollen, es liege kein Vertragsverhältnis vor, sondern eine einseitige, durch letztwillige Verfügung begründete Gewalt, durch die dem T.V. die Stellung eines Fiduziars mit eigenen subjektiven erbrechtlichen Rechten gegeben werde, daß also Koch eigentlich dieselbe Theorie aufstellte wie später Hartmann.[2]) Er bezeichnet vielmehr die Testamentsvollstreckung mehrfach ausdrücklich als Vermächtnis und zieht daraus wichtige Konsequenzen.[3])

§ 7.

5. Theorie der formellen Repräsentation.

Wie schon oben erwähnt wurde, war es Beseler, der das Institut der Testamentsvollstreckung zuerst auf Grund historischer Studien in selbständiger Weise erklärte. Nach ihm[4]) und den ihm folgenden Schriftstellern Hillebrand, Elvers und Lammer[5]) nimmt der Testator mit der Ernennung eines T.V. dem Erben einen Teil der Rechte, die sich auf seine Repräsentation nach seinem Tode beziehen, so daß diesem nur die materielle Repräsentation bleibt, und überträgt die formelle einer Mittelsperson, eben dem T.V. Eine solche Teilung sei nach römischem Recht zwar ausgeschlossen, aber das deutsche Recht, dem die Testamentsvollstreckung entstamme, gestatte sie und habe die testamenti factio des römischen Rechts hierhin erweitert.

Diese Lehre, so verdienstvoll sie für die Weiterentwicklung des Instituts gewesen ist, hat manche Angriffe erfahren, und nicht mit Unrecht. Sie ist zunächst, wie Beseler selbst zugibt, zu unbestimmt und genügt nicht, um aus ihr Schlüsse ziehen zu können auf den

[1]) a. a. O. S. 76.
[2]) vgl. unten § 12.
[3]) vgl. hierüber Wolff a. a. O. S. 21 Anm. 1.
[4]) a. a. O. S. 172 ff., sowie Privatrecht S. 672 ff.
[5]) Entnommen aus Patzelt, Die rechtliche Stellung des T.V. S. 28.

Umfang der dem T.V. im Zweifel zustehenden Gewalt und auf seine Stellung gegenüber dem Erben. Sie ist zudem nicht richtig, wenn man den Ausdruck „Repräsentation" im bisher üblichen Sinne gebraucht. Daß Beseler damit nicht rechtsgeschäftliche Vertretung gemeint hat, versteht sich von selbst und ist stets von den Gegnern anerkannt worden.[1] [2]) Aber gewöhnlich will man mit diesem Begriff ausdrücken, daß der Erbe als Universalsukzessor die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetze. Das paßt jedoch nicht auf den T.V. Er sukzediert in kein einziges Recht des Testators, seine Rechte entstehen neu und bestanden noch gar nicht in der Person des Erblassers.[3]) Was Beseler mit der „formellen Repräsentation" sagen will, ist also unklar und nicht ohne weiteres ersichtlich. So konnte es geschehen, daß die widersprechendsten Vermutungen darüber aufgestellt wurden; man vergleiche nur Windscheid[4]): „Daß der T.V. im eigenen Namen berechtigt und verpflichtet sei, meint natürlich auch Beseler nicht," mit Hartmann[5]): „Die Anerkennung eines eigenen erbrechtlichen subjektiven Rechtes für den T.V. ist gewiß auch der richtige Kern unter der Schale der Vorstellung von der formellen Repräsentation des Erblassers".

So hat denn Beselers Theorie zwar nicht die Schwankungen und Unbestimmtheiten in der Lehre vom T.V. entfernen können, aber doch für ihre Behandlung einen festen Boden bereitet.

6. Die Stellvertretungstheorien.

§ 8.

a) Vertretung des Erblassers.

Nachdem man allgemein erkannt hatte, daß die Mandatstheorie falsch sei, oder wenigstens wie Goldfeld[6]) und Unger[7]), daß zwar

---

[1]) vgl. z. B. Hinschius a. a. O. Spalte 757 und 758.

[2]) Damit erledigt sich also die Annahme Goldfelds (a. a. O. S. 73), die Angriffe gegen Beseler beruhten meistens auf diesem Mißverständnisse.

[3]) Ebenso Hinschius folgend André a. a. O. S. 18.

[4]) a. a. O. § 567 Anm. 7.

[5]) a. a. O. S. 22.

[6]) a. a. O. S. 68.

[7]) Österreichisches Privatrecht VI § 27 Anm. 7.

in der Ernennung eines T.V. „zweifellos" ein Mandat liege, ein Mandat aber, das nicht im mindesten über die Rechtsstellung und die Befugnisse des T.V. entscheide, glaubte man in dem T.V. einen Vertreter erblicken zu können und stritt nun darüber, wen er vertrete. Bevor auf die hierhin gehörenden Theorien eingegangen wird, ist zu erwähnen, daß auch die eben genannte Auffassung, wenigstens die Ernennung des T.V. enthalte ein Mandat, im weiteren Verlauf einer anderen gewichen ist.

Hinschius wies in seiner mehrfach zitierten Abhandlung auf die in der heutigen Wissenschaft unbestrittene Notwendigkeit hin, die einseitige Vollmachtserteilung streng von dem ihr zugrunde liegenden Auftrag zu trennen. Er sah demgemäß in der Ernennung eines T.V. eine einseitig vom Testator auf den Todesfall erteilte Vollmacht, nicht ein Mandat.[1]) Damit war ein tüchtiger Schritt vorwärts getan in der Erkenntnis der juristischen Konstruktion unseres Instituts; aber auch er genügte noch nicht, denn auch der Vollmacht ist wie dem Auftrag die Widerruflichkeit wesentlich, die bei der Ernennung zum T.V. fehlt. Letztere ist also nicht Vollmacht im technischen Sinn, wir haben es hier vielmehr mit einem erbrechtlichen, nur sich selbst gleichen Ermächtigungsakt zu tun,[2]) eine Ansicht, die heute als die herrschende und richtige bezeichnet werden darf.

Wenden wir uns nach diesem Exkurs zurück zu den Vertretungstheorien. Wen vertritt der T.V.? Bluntschli[3]) und Gruchot[4]) behaupten, den Erblasser. Das ist zweifellos unrichtig. Der Erblasser ist tot, und der Tod schließt die Sphäre der rechtlichen Tätigkeit eines Menschen endgültig ab. Nimmt man[5]) diesem natürlichen und ursprünglichen Grundsatz zuwider „eine von ihrem persönlichen Substrat losgelöste Willensmacht", „eine Willensmacht über den Tod hinaus" an, so ist

[1]) a. a. O. Spalte 764. Wie er André a. a. O. S. 19, der als Vertreter solcher Vollmachtstheorien Förster-Eccius, Sturm, Rosenthal, Stobbe, Gruchot, Gierke und Dernburg aufzählt.

[2]) So namentlich Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung S. 38 ff.; ebenfalls Reißner, Die Befugnis des T.V. zur Führung von Prozessen usw. S. 11. Zu vgl. auch Hartmann a. a. O. S. 17 und Siegert, Rechtliche Natur und Stellung des T.V. S. 28.

[3]) Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 732.

[4]) Preußisches Erbrecht Bd. II S. 211.

[5]) wie z. B. Rosenthal a. a. O. S. 15.

das zwar insoweit richtig, als der Wille des Erblassers der Leitstern des Handelns des T.V. sein soll, daß die Ausführung dieses Willens sein oberstes Prinzip bilden muß; aber das ist etwas anderes als ihn vertreten. Vertretung liegt vor, wenn eine Person durch die Rechtsgeschäfte einer anderen unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, Subjekt von Rechten oder Pflichten kann aber weder der Tote noch seine Willensmacht sein.

Als Vertreter dieser unrichtigen Ansicht sind noch zu verzeichnen Meischeider[1]) und Fromhold[2]), nicht dagegen Gierke. Er bezeichnet den T.V. zwar gleichfalls als „selbständigen Vertreter des Erblassers,"[3]) aus dem Zusatz „als dessen für einen bestimmten Bereich eingesetztes Willensorgan" erhellt aber, daß er an eine Vertretung im technischen Sinn nicht denkt. So sagt er denn auch auf dem Juristentage[4]): „Vertreter im technischen Sinn ist keiner, dessen Prinzipal nicht mehr auf Erden weilt".

§ 9.

b) Vertretung des Erben.

Eine andere viel verbreitete Ansicht geht darauf, der T.V. vertrete den Erben.[5]) Ihr folgte auch der Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Zwar behaupten die Motive,[6]) das Gesetz enthalte sich einer prinzipiellen Bestimmung und überlasse es der Wissenschaft, aus den aufgestellten Vorschriften das Endergebnis zu ziehen; aber bei genauerer Betrachtung zeigt sich, wie Gierke in seiner Kritik des Entwurfes nachgewiesen hat, daß sich durch alle Bestimmungen des Gesetzes wie ein roter Faden die Auffassung hindurchzieht — in

[1]) Letztwillige Verfügungen S. 459 und 464.

[2]) Kommentar S. 191; an anderen Stellen scheint er dagegen Vertreter der später zu erwähnenden Amtstheorie zu sein.

[3]) Gierke, Der Entwurf S. 521.

[4]) Verhandlungen Bd. 3 S. 226.

[5]) So Hinschius a. a. O. Spalte 763 ff.; Unger Bd. 6 § 27 Anm. 7; Randa, Erwerb der Erbschaft S. 79; Gerber, Privatrecht § 265; Förster-Eccius in den früheren Auflagen des Preußischen Privatrechts, Goldfeld a. a. O. S. 82 ff., 90 ff; Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 586; Gengler, Deutsches Privatrecht S. 727 f.; Stobbe Bd. 5 S. 276 ff.

[6]) Bd. 5 S. 217.

§ 1903 ist sie ausdrücklich ausgesprochen —, der T.V. sei gesetzlicher Vertreter des Erben.

Gegen diese Konstruktion hat sich namentlich Hartmann gewandt und in seinem Gutachten auf dem 21. Juristentage nachgewiesen, daß von den drei Elementen der Begriffsformel auch kein einziges zutreffend sei.

Eines der Hauptargumente, das er und viele andere gegen die Theorie von der Erbenvertretung anführen, ist allerdings verfehlt. Sie behaupten, der T.V. könne darum nicht Vertreter des Erben sein, weil er nicht immer die Interessen des Erben wahrzunehmen habe, und letzteres sei dem Begriff der Vertretung wesentlich. Goldfeld[1]) hat hiergegen mit Recht die Frage aufgeworfen, ob denn etwa der Vormund eines Verschwenders nicht dessen Vertreter sei, wenn er eine Schuld desselben zahle, obgleich die Zahlung vom Verschwender nicht gewünscht werde und seinem Interesse widerspreche. Nicht der also ist Vertreter einer Person, der ihre Interessen wahrnimmt, sondern wer an ihrer Stelle so handelt, daß sie aus den Handlungen des Vertreters berechtigt und verpflichtet wird, und das trifft im Verhältnis zwischen T.V. und Erben zu.

Ebenso wenig kann ein anderes seit Dernburgs[2]) Vorgang häufig von den Gegnern der Theorie angeführtes Argument als durchschlagend erachtet werden. Nach ihrer Ansicht wäre die Konsequenz der Annahme einer Erbenvertretung die, daß der T.V. den Erben durch seine Tätigkeit direkt und persönlich verbinden würde. Hiergegen könnte sich der Erbe nicht durch den Vorbehalt des Inventars schützen, da ihm dasselbe nur bei Nachlaßschulden, nicht bei eignen zugute komme. Diese Folgerung würde m. E. dahin führen, auch die von einem Nachlaßpfleger, der doch zweifellos Vertreter des Erben ist, eingegangenen Verbindlichkeiten nicht als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen, vielmehr den Erben für sie unbeschränkbar und direkt haften zu lassen, was sicher nicht zulässig ist.

Dennoch ist aus anderen Gründen die Theorie der Erbenvertretung zu verwerfen, schon aus historischen Rücksichten, denn der Gedanke der Testamentsvollstreckung hat sich in Deutschland gerade im

[1]) a. a. O. S. 82. Ebenso richtig verweist Siegert S. 14 auf die Vertretung des Ehemannes durch die Frau im Bereiche der Schlüsselgewalt.

[2]) Preußisches Privatrecht Bd. 3 S. 473.

Gegensatz zum Erben entwickelt. Wie häufig muß der T.V. gegen den Erben klagen, z. B. aus Verbindlichkeiten desselben gegenüber dem Erblasser! Soll er da als Vertreter des Erben gegen denselben Erben klagen? Wie, wenn einer der Miterben zum T.V. ernannt wird? Soll er da etwa Vertreter seiner selbst sein? Wie sollte es ferner möglich sein, daß ein Prozeß gegen den T.V. und den Erben (als Streitgenossen) geführt wird, wie das doch nach B.G.B. § 2213 Abs. 3 und Z.P.O. § 748 Abs. 2 und 3 zulässig ist?[1]) Ähnliche Sonderbarkeiten ergeben sich, wenn der T.V. den Nachlaß verteilt.[2]) Man kann in solchem Falle doch unmöglich behaupten, daß der Erbe, der empfängt, zugleich von T.V., der gibt, vertreten werde; das hieße nichts anderes, als daß der Erbe mit sich selbst kontrahiere. Cosack[3]) fragt, warum denn das unzulässig sei; wie B.G.B. § 181 zeige, seien doch Rechtsgeschäfte einer Partei mit sich selbst nicht gänzlich ausgeschlossen. Aber abgesehen davon, daß der angezogene Paragraph dies Kontrahieren mit sich selbst gerade verbietet und nur in bestimmten Ausnahmefällen für statthaft erklärt, sind die in ihm erwähnten zulässigen Geschäfte (des Vertreters im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder mit sich als Vertreter eines Dritten) solche, bei denen es sich in Wirklichkeit um zwei verschiedene Parteien handelt, wenn auch die Willenserklärungen von ein und derselben Person abzugeben und zu empfangen sind. In unserem Fall dagegen würde nur eine Partei vorhanden sein, die mit sich selbst kontrahierte und stritte.

Um diesen wie den früheren unmöglichen Folgerungen zu entgehen, hat man[4]) eingewandt, man müsse in der Person des Erben zwei Rechtssubjekte unterscheiden, die er gewissermaßen unter einem Hut vereinige, den Erben in Ansehung des Nachlasses und den Erben als sonstigen Menschen. So bringt Arnold das Beispiel, der Erblasser A habe dem Erben B zur Auflage gemacht, den X im Lautenspiel zu unterrichten. Dieses Verlangen des A richte sich gegen B persönlich,

---

[1]) Auf letztere Schwierigkeit macht Hellwig im Lehrbuch des Zivilprozeßrechts S. 314 Anm. 6 aufmerksam.

[2]) Darauf weist Rosenthal a. a. O. S. 18 hin.

[3]) Lehrbuch S. 809.

[4]) Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 40; Arnold a. a. O. S. 24ff. u. a. m.

gegen den Lautenspieler B, nicht gegen B als Subjekt des Nachlasses. Nur der letztere aber werde vom T.V. vertreten, es ständen sich also auch hier zwei Parteien gegenüber.

Diese Unterscheidung, die schon oben bei Zurückweisung des Dernburgschen Gegengrundes stillschweigend als berechtigt anerkannt wurde, muß wegen der Natur des Nachlasses als eines Sondervermögens als rechtlich möglich zugegeben werden.[1]) Aber sie erklärt nicht, wie der T.V. noch Einwendungen gegen die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß machen kann, nachdem der Erbe (als Erbe doch) einem klagenden Nachlaßgläubiger gegenüber zur Leistung verurteilt ist; sie hilft nicht, wenn der T.V. nach B.G.B. § 2206 Abs. 2 auf Erteilung der Einwilligung zur Eingehung einer Verbindlichkeit für den Nachlaß klagt. Diese Einwilligung hat der Erbe als Eigentümer der Erbschaft zu geben, nicht als sonstiger Mensch, denn als solcher hat er keinerlei Rechte über den Nachlaß. In diesem Falle wäre somit der Erbe gerade als Erbe auf beiden Seiten des Schuldverhältnisses Rechtssubjekt, auf beiden Seiten Partei. Es lassen sich also mit dieser Unterscheidung nur einige Einwände gegen die Theorie der Erbenvertretung zurückschlagen, in zahlreichen Fällen aber führt die Ansicht, der Erbe werde nur „in Ansehung des Nachlasses" vertreten, zu denselben unrichtigen Resultaten, wie die von der Vertretung ohne Einschränkung.

Auch alle anderen Versuche zur Rettung des aufgestellten Prinzips sind nicht als gelungen zu erachten.

Man hat z. B. gefolgert: Da der T.V. Rechte ausübe, die, falls er nicht ernannt worden wäre, dem Erben zustehen würden, so müsse doch eine Stellvertretung in diesen Rechten vorliegen. Wäre diese Deduktion richtig, so müßte man auch einen Legatar, dem der Nießbrauch an einer Nachlaßsache vermacht ist, als Stellvertreter des Erben ansehen, da ja ohne das Legat die Nutzung dem Erben zustehen würde.[2]) Außerdem deckt sich die angebliche Vertretungsmacht des T.V. gar nicht mit der Verwaltungsmacht, die dem Erben zusteht, wenn kein T.V. ernannt ist.[3]) So hat der Erbe nach B.G.B. § 1958 das

[1]) So auch Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht S. 66; ein Argument dafür bietet auch B.G.B. § 2214.

[2]) vgl. André S. 21.

[3]) vgl. Schultze a. a. O. S. 67.

Recht, vor der Annahme der Erbschaft die Einlassung in einen Prozeß gegen den Nachlaß zu verweigern, der T.V. dagegen nicht. So ist ferner der Erbe nach Z.P.O. § 239 Abs. 5 vor der Annahme der Erbschaft nicht verpflichtet, einen zur Zeit des Todes des Erblassers anhängigen Rechtsstreit desselben fortzusetzen, während bei Vorhandensein eines T.V. nach Z.P.O. § 243 in Verbindung mit § 241 der Prozeß nur solange unterbrochen wird, bis der T.V. von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner dem T.V. seine Absicht mitteilt, das Verfahren fortzusetzen.[1])

Ferner: Nach B.G.B. § 1978 haftet der Erbe den Nachlaßgläubigern wie ein Beauftragter bezw. negotiorum gestor persönlich und unbeschränkt für seine Verwaltung des Nachlasses vor Einleitung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung. Wäre der T.V. sein gesetzlicher Vertreter, so würde der Erbe nach B.G.B. § 278 auch für dessen Verschulden in gleichem Umfange verantwortlich sein und selbst für einen Schaden aufkommen müssen, der durch dolose Handlungen des T.V. entstanden ist. Daß diese Konsequenz im höchsten Maße unbillig ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.[2])

Man hat ferner für die Erbenvertretung ins Feld geführt, B.G.B. § 2211 nehme dem Erben durch die Worte „kann nicht" die Fähigkeit, über einen der Verwaltung des T.V. unterworfenen Nachlaßgegenstand zu verfügen; es liege also eine beschränkte Geschäfts- und Prozeßunfähigkeit des Erben vor,[3]) die eine Vertretung erforderlich mache. Dies Argument läßt sich auf Grund des angezogenen Paragraphen selbst zurückweisen. Im Absatz 2 verweist das Gesetz nämlich auf die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Daraus folgt, daß Absatz 1 keine Geschäftsunfähigkeit des Erben festsetzen will, da sonst die Verweisung des Absatz 2

---

[1]) In der Vorschrift des § 243 Z.P.O., der die Bestimmungen des § 241 über gesetzliche Vertreter auf den T.V. für anwendbar erklärt, glauben einige, z. B. Arnold a. a. O. S. 18, einen Beweis dafür zu finden, daß der T.V. gesetzlicher Vertreter des Erben sei. Ich schließe das Gegenteil daraus, denn sonst wäre § 243 überflüssig. Ebenso müßten die Anhänger dieser Theorie konsequenterweise § 327 Z.P.O. für unnötig erklären, da es doch selbstverständlich ist, daß ein vom Vertreter erwirktes Urteil auch für und gegen den Vertretenen wirkt.

[2]) So auch Schultze a. a. O. S. 67; Maeder S. 16.

[3]) So die Motive Bd. 5 S. 235 und 236.

einen Schutz des guten Glaubens gewähren würde, den das Gesetz in allen ähnlichen Fällen versagt. Der Erbe soll also nur nicht verfügen dürfen, zur Verfügung „nichtberechtigt" sein. In Rechten, die man nicht hat, kann man nicht aber vertreten werden.[1])

Weiter führt Brettner[2]) aus: „Wenn im § 2222 B.G.B. bezüglich des auf die Nacherbfolge beschränkten Amtes bestimmt ist, daß der Vollstrecker die Rechte und Pflichten des Nacherben wahrzunehmen, m. a. W. ihn zu vertreten habe, so ist daraus zu schließen, daß er — ohne solche Einschränkung — die Rechte und Pflichten des Erben wahrzunehmen habe." Da die Rechte des Nacherben ausschließlich seinen Schutz gegenüber dem Vorerben bezwecken, so wird zu ihrer Wahrnehmung nur dann ein T.V. bestellt werden, wenn der Nacherbe selbst sie nicht ausüben kann, also wenn entweder seine Persönlichkeit noch nicht bestimmt ist oder wenn er noch nicht erzeugt ist bezw. unter der elterlichen Gewalt oder Vormundschaft des Vorerben steht.[3]) Die Testamentsvollstreckung für den Erben aber wird nicht aus irgend einem Schutzbedürfnis des Erben, wegen irgend einer Geschäftsbeschränktheit desselben angeordnet, sondern bewirkt erst seine Verfügungsbeschränkung und schützt die übrigen Nachlaßinteressenten gegen den Erben. Brettners Schlußfolgerung ist also unberechtigt: er müßte eher zu dem Resultat kommen, daß der T.V. die übrigen Nachlaßinteressenten gegen den Erben vertrete.

Als letzter Grund gegen die Theorie der Erbenvertretung sei noch eine „Ungeheuerlichkeit" angeführt, auf die vielfach, namentlich von Seckt[4]) aufmerksam gemacht worden ist. Müssen wir den T.V. wirklich als Vertreter des Erben ansehen, so ist damit dem Erblasser die Macht zuerkannt, dem vollkommen handlungsfähigen Erben wider seinen Willen und von ihm unwiderruflich einen Vertreter aufzuoktroyieren, der ihn unmittelbar verpflichtet. Das aber ist mit dem, was wir sonst über Begründung und Wesen der Stellvertretung wissen, unvereinbar; die Stellvertretung im gewöhnlichen Sinn ist ein Recht dessen,

[1]) Ebenso Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 208 f., 221, 235; Schultze a. a. O. S. 67; Marschner, Die Stellung des T.V. im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung S. 31.

[2]) in „Das Recht" 1900 Nr. 15 S. 320.

[3]) So auch Planck zu § 2222.

[4]) a. a. O. S. 30.

der sich vertreten lassen will, die Testamentsvollstreckung dagegen ist dem Erben aufgezwungen.

Die zweite Kommission hat denn auch die Unrichtigkeit dieser Theorie erkannt und sich bewußterweise von ihr losgemacht. Trotzdem zählt sie auch heute noch manche Anhänger, die diese Konstruktion noch für das Bürgerliche Gesetzbuch behaupten.[1])

§ 10.

c) Vertretung des Nachlasses.

Andere wollen weder von einer Vertretung des Erblassers noch des Erben wissen, sondern sehen in dem T.V. einen Güterpfleger für das Vermögen des Verschiedenen, einen Vertreter des Nachlasses.[2])

Nachlaß ist der Inbegriff der Sachen, Rechte und Pflichten des Erblassers. Hat der T.V. nur diesen Nachlaß zu vertreten, wie kommt es, daß er auch bestimmte Wünsche des Testators, die dieser unabhängig von Vermögenszuwendungen, z. B. über seine Beerdigung äußert, auszuführen hat, obgleich sie sicher nicht zum „Nachlaß" gehören? Das Prinzip der Nachlaßvertretung ist also mindestens zu eng.[3])

Es ist außerdem unrichtig. Vertreten werden kann nur eine sei es physische sei es juristische Person, ein Rechtssubjekt. Der Nachlaß aber ist Rechtsobjekt; er steht im Eigentum des Erben. Rechte und Pflichten werden daher nicht dem Nachlaß, sondern unmittelbar dem

---

[1]) Brettner, im Archiv für Bürgerliches Recht XVII 227 ff.; Boehm, Erbrecht S. 91; Cosack, Lehrbuch Bd. 2 § 395; Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht II S. 812; Petersen-Anger, Kommentar zur C.P.O. 4. Vorbemerk. 8 vor §§ 50 ff.; Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren S. 180; Wilke Kommentar zum Erbrecht, Vorbem. vor §§ 2197 ff.; Jäger a. a. O. S. 40 Anm. 14.

[2]) So Dernburg, Preuß. Privatrecht § 164 und Pandekten Bd. 3 § 124; Hellwig, Anspruch S. 74, 236 ff., Lehrbuch S. 302; Sturm a. a. O. S. 111 und 121 ff.; v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechts S. 444; Maeder a. a. O. S. 28 ff.; Marschner a. a. O. S. 40; Stüve, Zur Prozeßlegitimation des T.V. S. 14 ff. — Levy (Verhandlungen des 21. Juristentages Bd. 3 S. 240 f.) erblickt im T.V. einen gesetzlichen Vertreter des Nachlasses.

[3]) So Lissauer a. a. O. S. 27. Auf Grund ähnlicher Betrachtungen kommt auch Strohal, Erbrecht S. 294 zu dem Ergebnis, die Theorie der Nachlaßvertretung reiche „zur Erklärung des zu Erklärenden" nicht aus.

Erben erworben: nicht der Nachlaß wird ins Grundbuch eingetragen, sondern der Name des Eigentümers, des Erben. Aus alledem geht hervor, daß eine Vertretung des Nachlasses nichts weiter wäre als eine Vertretung des Erben, es sei denn, daß man sich über alle Bedenken hinwegsetzt und mit der „potenzierten Fiktion" arbeitet, der Nachlaß sei juristische Person.

Daß letzteres unmöglich ist, übersehen natürlich auch die Anhänger dieser Theorie nicht: sie alle verwahren sich mehr oder minder energisch gegen eine Personifikation des Nachlasses, um dann das „selbständige Sondervermögen" doch analog einer juristischen Person zu behandeln. Das ist aber unzulässig und kann auch nicht durch Berufung auf Z.P.O. § 50 Abs. 2 begründet werden. Diese die — übrigens nur passive — Parteifähigkeit eines nicht rechtsfähigen Vereins anordnende Vorschrift beruht auf gesetzlicher Ausnahmebestimmung und fehlt eben beim Nachlaß. Mag man darum wie Hellwig noch so sehr Sonderstellung des Vermögens und Subjektivität desselben auseinanderhalten: was nicht juristische Person ist, kann nicht als solche behandelt werden. Diese sich selbst widersprechende Konstruktion führt denn auch bei ihren Anhängern notgedrungen zu nicht streng logischen und inkonsequenten Ausführungen, die bei Seckt[1]) und Schultze[2]) mit großem Geschick nebeneinander gestellt sind und auf die hier verwiesen sein mag.

Eccius[3]) sucht in einer von ihm aufgestellten, aber ohne Anhänger gebliebenen Theorie diese Inkonsequenz dadurch zu vermeiden, daß er „eine eigentümliche juristische Persönlichkeit" annimmt und die Verwaltung des T.V. als „Rechtssubjekt mit einem besonderen Kreis von Aktiven und Passiven" fingiert. Die Rechte des T.V. werden also eine selbständige Person neben ihm, die er vertritt. Das ist ein „überkünstliches Gebilde",[4]) das mit Recht allseitig zurückgewiesen ist.

§ 11.

d) Doppelvertretung.

Zu der letzten der Stellvertretungstheorien leitet Sturm über. Er, der in dem T.V. einen Güterpfleger, einen Vertreter des Nach-

[1]) a. a. O. S. 32 f.
[2]) a. a. O. S. 70 f.
[3]) Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht IV S. 459 ff.
[4]) vgl. Schultze S. 71.

lasses erblickt, der den Vorteil aller Nachlaßinteressenten wahrzunehmen habe und daher den Erben beschränke, weist mehrfach darauf hin, daß der T.V. gleichzeitig als Verwalter fremden Vermögens seinerseits wieder durch die Macht des Eigentümers, des Erben, beschränkt werde. Er habe also eine Art Doppelstellung, einmal dem Erben, dann den sonstigen Nachlaßinteressenten gegenüber.[1]) Als Quintessenz dieser Ausführungen definiert Rosenthal[2]) (als eigene Meinung) die Testamentsvollstreckung als eine „letztwillig angeordnete Vertretung des Nachlasses, die sich zugleich als Vertretung des Erblassers gegenüber den Erben und Legataren und als notwendige Stellvertretung der Erben gegenüber dritten Nachlaßinteressenten darstellt". Dieser Ansicht schließt sich Lissauer[3]) mit geringen Modifikationen an.

Ein solcher „Januskopf" des T.V. ist als Prinzip sehr bequem, man schnitzt sich den Vollstrecker eben zurecht, wie man ihn gerade braucht, in der Praxis aber recht lästig und oft verwirrend. Die Theorie ist also schon daher zu verwerfen. Dazu kommt, daß sie falsch ist; denn wenn oben nachgewiesen wurde, daß der T.V. weder den Erblasser noch den Erben noch den Nachlaß vertrete, so kann er auch nicht zwei von ihnen oder gar alle drei vertreten.

Ein anderes Doppelgesicht zeigt Seufferts T.V.[4]) Er soll bei der Geltendmachung von Rechten, die zum Nachlaß gehören, und Ansprüchen, die sich gegen Nachlaß richten, Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses sein, dagegen Partei kraft eigenen Rechts in Prozessen, in denen er vom Erben die Ausführung einer Anordnung des Erblassers verlangt, die er nicht selbst ausführen kann.[5])

Auch Hellwig,[6]) der im übrigen auf dem Standpunkt der Nachlaßvertretung steht, gibt in letzterem Fall dem T.V. ein ihm im eigenen Namen zustehendes eigenes Recht. Die Erfüllung dieser Aufgaben liege aber außerhalb der Verwaltung. Daraus nun, wie der

---

[1]) a. a. O. S. 26 ff.

[2]) a. a. O. S. 25.

[3]) a. a. O. S. 41.

[4]) Kommentar zur Z.P.O. Anm. vor § 50.

[5]) Diese Theorie stellt Cosack S. 808 als seine Eventualmeinung hin für den Fall, daß man ihm in seiner Ansicht, der T.V. sei Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses, nicht unbedingt folgen könne.

[6]) Lehrbuch S. 301 Text und Anm. 38

T.V. stehe, soweit es sich nicht um die Verwaltung des Nachlasses handele, könne kein Argument abgeleitet werden bezüglich der Verwaltung. Dabei übersieht Hellwig, daß er dem T.V. auch ein Eigenrecht gibt bei der Klage gegen den Erben auf Einwilligung zur Eingehung einer von ihm für nötig erachteten Verbindlichkeit[1]) und daß diese Klage zweifellos zur Verwaltung gehört.

Beide Ansichten sind aus denselben Gründen wie die Rosenthals und Lissauers als unzulässig zu verwerfen.

7. Die Eigenrechtstheorie.

§ 12.

a) Ihre Unterscheidungsmerkmale von den Vertretungstheorien.

Während Seuffert und Hellwig, wie oben gezeigt, nur zuweilen den Vertretungsstandpunkt verlassen, gewinnt in neuerer Zeit eine Theorie immer mehr Anhänger, die ein für allemal den Gesichtspunkt der Vertretung aufgegeben und den T.V. als Partei im eignen Namen und zu eignem Interesse betrachtet wissen will. Diese Ansicht ist aufgestellt und eingehend begründet von Hartmann auf dem 21. Juristentage;[2]) sie bildet den Kern der Beselerschen Theorie;[3]) für sie sprechen sich die Protokolle aus,[4]) und sie ist heute so verbreitet, daß sie als die herrschende bezeichnet werden darf.[5])[6])

[1]) a. a. O. in Anm. 37.

[2]) Verhandlungen Bd. 1 S. 18ff.

[3]) vgl. darüber oben S. 15.

[4]) Bd. 5 S. 270.

[5]) Ihr haben sich mit mehr oder minder erheblichen Modifikationen angeschlossen: André a. a. O. S. 24; Bunsen in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 266; Endemann Bd. 3 S. 221ff.; Engelmann, Das bürgerliche Recht S. 761; Fischer-Heute zu § 2203 Note 1; Förster im Sächs. Archiv Bd. 12 S. 146; Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung, Vorbem. vor § 50; Kiehl, Eintritt in den Prozeß, in der Zeitschrift für den Zivilprozeß Bd. 30 S. 306; Marcus im Sächs. Archiv Bd. 8 S. 57; Patzelt a. a. O. S. 45ff.; Pland Bd. 5 S. 381; Reißner S. 48; Strohal S. 295; Siegert a. a. O. S. 26ff.; in neuster Zeit scheinbar auch Dernburg (s. Bürgerl. Recht Bd. 1 § 172); ferner die bei Schultze a. a. O. S. 81 Anm. 31 Zitierten.

[6]) Zu ähnlichem Resultat gelangt auch Seckt (a. a. O. S. 28), der den von Gierke geschaffenen Organbegriff entgegen der Weisung seines Schöpfers nicht nur

Sie gipfelt in dem Satze: „Der T.V. hat ein subjektives, erbrechtliches Eigenrecht. Das „schutzwürdige Interesse, ohne das sich bei einer vernünftigen Rechtsordnung ein subjektives Recht nicht denken läßt", ist — abgesehen davon, daß sich an die Stellung des T.V. regelmäßig ein Recht auf eine angemessene Vergütung knüpft — zunächst „das einstige Interesse eines nunmehr Verstorbenen an der richtigen getreuen Ausführung seines letzten Willens". Aber dieses Interesse hat der T.V., der die Vertrauensstellung mit ihren Pflichten freiwillig annimmt, zu seinem eignen lebendigen Interesse gemacht. „Daß im Dienste dieser übernommenen geheiligten Pflicht sein Wille innerhalb des ihm zur Erfüllung der Pflicht gewährleisteten Machtkreises zur vollen Geltung gelange, das ist sein eigenes Recht." Natürlich ist das nur ein ideales Interesse, aber das Gesetz bestimmt ja auch nirgends, daß nur materiellen Interessen Rechtsschutz verliehen sei.[1])

Die Gegner unserer Theorie zerfallen in zwei Gruppen: die einen leugnen das eigene Recht des T.V. überhaupt, die andern erkennen zwar an, daß er kraft eignen Rechts handle, meinen aber dennoch nicht von einer Stellvertretung absehen zu können, so z. B. Fromhold[2]) und besonders scharf Marschner.[3]) Letzterer bezeichnet seine Ansicht als „Amtstheorie (gemeint ist Eigenrechtstheorie), erweitert durch die Theorie der Vertretung des Nachlasses als Sondervermögens" und führt aus, daß „Befugnisse aus eignem Recht" und „Vertretungsmacht" keine Gegensätze seien, daß man vielmehr sehr

---

bei juristischen Personen, sondern überall da anwenden will, „wo jemand für ein rechtlich anerkanntes, aber nicht zum Rechtssubjekt erhobenes Interesse, das einen greifbaren physischen Träger entweder nicht oder noch nicht oder nicht mehr hat, in einer der technischen Stellvertretung fremden Selbständigkeit tätig wird". Vgl. S. 40: „Der T.V. übt die ihm durch letztwillige Ermächtigung verliehene Rechtsmacht im eigenen Namen aus".

[1]) So führt mit vollem Recht Reißner a. a. O. S. 49 aus. Arnold a. a. O. S. 28 Anm. 7 wendet hiergegen ein, das sei kein Argument für das Gegenteil, denn dieses, der Schutz idealer Interessen, müßte als das Exzeptionelle eigens erwähnt sein. Er übersieht dabei, daß gerade die Ausnahmequalität der idealen Interessen geleugnet und als Regel der Schutz jedes schutzwürdigen Interesses aufgestellt wird. Sicherlich ist doch das Interesse eines Ehegatten daran, daß der andere die eheliche Lebensgemeinschaft herstelle, kein materielles, und doch versagt ihm die Rechtsordnung nicht ihren Schutz.

[2]) Kommentar S. 191 ff.

[3]) a. a. O. S. 37 ff.

wohl Vertretungsmacht aus eigenem Recht haben könne. So sei z. B. der Vormund doch Vertreter des Mündels, trotzdem er kraft Amtes handle und seine Befugnisse zu eigenem Recht habe.

Richtig ist an diesem Beispiel, daß er kraft Amtes und dennoch als Stellvertreter handelt, daß hier somit in der Tat keine Gegensätze vorliegen. Der Ausdruck „Amt" macht keineswegs den Vertretungsbegriff entbehrlich,[1]) in der Regel sogar wird der Beamte, wenn er privatrechtlich tätig wird, gerade als Stellvertreter handeln.[2]) Dagegen ist es falsch, nun mit Marschner daraus zu folgern, daß dann auch der Eigenberechtigte Stellvertreter sein könne; aus seinem Beispiel ergibt sich nur, daß eben Handeln kraft Amtes und Handeln aus eigenem Recht nicht identisch sind. In diesem Zusammenwerfen nicht vergleichbarer Begriffe, das sich leider auch bei Anhängern der Eigenrechtstheorie findet, liegt der Fehler in Marschners Argumentation. Amtshandlung und Vertreterhandlung mögen sich nicht ausschließen, zwischen Vertretung und Handeln aus eigenem Recht aber liegt ein unüberbrückbarer Gegensatz; denn der Vertreter leitet sein Recht vom Vertretenen ab oder verdankt es wenigstens einem in dessen Person liegenden Grunde,[3]) so daß der Vertretung gerade das in fremdem Namen, zu fremdem Recht Handeln wesentlich ist.

Bevor nun zu den Einwänden der zweiten Gruppe der Gegner übergegangen werden kann, ist zunächst eine Variante der jetzt behandelten Auffassung zu betrachten, da die gegen die Eigenrechtstheorie als solche vorgebrachten Gründe auch sie treffen und somit später gleichzeitig im Hinblick auf sie erledigt werden können.

§ 13.

b) Die Theorie vom dinglichen Recht am Nachlaß.

Die Motive[4]) sprechen davon, daß die Rechtsstellung des T.V. eine absolute sein solle, verbunden mit einer „dinglichen Beschränkung des Erben". Diese Worte lassen schließen, daß der dinglichen Be-

[1]) A. M. Marcus S. 57.
[2]) So Jäger folgend Schultze S. 83.
[3]) ebenso Reißner a. a. O. S. 47 Anm. 1.
[4]) Bd. 5 S. 233.

schränkung ein dingliches Recht des T.V. entsprechen müsse. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch ihm in der Tat ein solches gewähre, behauptet A. Schultze in seiner „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht" betitelten, scharfsinnigen Abhandlung in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 43.

Er geht aus von der fiduziarischen Stellung des T.V.[1]) und führt etwa folgendes aus: Treuhänder sei, wer Rechte als eigene, ihm im eigenen Namen zustehende empfangen habe mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse[2]) zu gebrauchen (S. 1). Den Inbegriff der ihm verliehenen Rechte bilde seine von der Rechtspflicht scharf zu trennende Rechtsmacht (S. 3). Die Rechtsmacht des römischen Treuhänders nun überschieße den gesetzten Zweck, für den Überschuß gebe es nur einen obligatorischen Ausgleich. Das germanische Recht dagegen mache die beschränkende Zweckbestimmung schon im Bereiche der Rechtsmacht des Treuhänders wirksam. Diese selbst werde von vornherein bei ihrer Verleihung in Anpassung an den gesetzten Zweck eingeschränkt, auf das für den Zweck nötige Maß herabgesetzt, indem der Übereignungsvertrag die Bestimmung des Treuhandzweckes in sich aufnehme. Jeder dem Zweck zuwiderlaufende Gebrauch der Rechtsmacht sei daher dinglich unwirksam (S. 7—10).

Es sind nun nach Schultze drei Gruppen dieser germanischen Treuhänderrechtsmacht im geltenden Recht zu unterscheiden. Entweder enthält sie ein auflösend bedingtes Vollrecht (Eigentum) oder ein dem Treuhandzweck entsprechend ausgestaltetes dingliches Recht an fremder Sache oder nur eine obligatorische Berechtigung (S. 11 u. 12). Eine Rechtsmacht der ersten Art hatte der altgermanische Salmann; er erhielt Eigentum, das er aber nur im Rahmen des Zwecks gebrauchen konnte, so daß jeder zweckwidrige Gebrauch den dinglichen Rückfall an den Treugeber oder dessen Erben bewirkte. Solche Rechtsmacht liegt heute vor bei der fiduziarischen Stiftung (S. 32 ff.), bei der Samm-

---

[1]) Auch Endemann (Bd. 3 S. 221 f.) glaubt in der Verwertung des Begriffs der fiduziarischen Rechtsstellung die Lösung unserer Frage erblicken zu können, verwendet aber die römischrechtliche fiducia, die, wie Schultze S. 10 nachweist, von der deutschrechtlichen Treuhand sich wesentlich unterscheidet.

[2]) Hier ist im Gegensatz zu dem bei den Ausführungen zu Hartmanns Theorie (oben S. 27) erwähnten idealen Interesse das materielle Interesse gemeint, der Vermögenswert, der wirtschaftliche Nutzen, den die Ausübung des Rechts bietet.

lungspflegschaft (S. 35), beim Vollgiro zum Inkasso (S. 46 ff.) und bei der Pflegschaft für die Leibesfrucht oder für einen noch nicht erzeugten Nacherben (S. 58 ff.). Eine Treuhänderschaft der letzten Art, also eine bloß obligatorische Berechtigung begrenzten Inhalts, steht dem Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes (S. 96 ff.), sowie dem nur überwachenden T.V. zu (er hat ein eigenes Forderungsrecht zu treuer Hand auf Ausführung des letztwillig Verfügten) (S. 88 ff.). Die Rechtsmacht, die dem gesetzlichen Normaltypus des T.V. zusteht, ist dagegen ein begrenztes dingliches Recht an fremdem Gegenstand, am Nachlaß.

Von Interesse ist für uns natürlich nur diese letzte Behauptung. Sie bedarf der Untersuchung auf ihre Richtigkeit, und zwar zunächst der Satz: Die Befugnis des T.V. ist ein dingliches Recht.

Über das Wesen des dinglichen Rechts herrscht Streit. Gleichgültig aber, welcher Meinung man sich anschließt, ob man in ihm ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Sache sieht, oder ob man es für ein Recht gegen jedermann auf ungestörte Beherrschung einer Sache hält: in jedem Fall wird man danach dem T.V. ein dingliches Recht an dem Nachlaß zuerkennen müssen, denn unmittelbare Herrschaft über denselben und absolute Wirkung seines Rechts sind vorhanden.

Strohal[1]) führt dagegen aus, dingliche Rechte im technischen Sinne seien nur an Sachen möglich, zum Nachlaß gehörten aber nicht nur Sachen, sondern auch andere Gegenstände und gehörten im konkreten Falle Sachen möglicherweise überhaupt nicht.

Das ist aber bei jedem Vermögen denkbar, und doch spricht das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1085 ff. ausdrücklich vom Nießbrauch, also einem dinglichen Recht an demselben. Das ist auch durchaus berechtigt. „Vermögen", „Nachlaß" ist eben ein Inbegriff von Sachen und Rechten. Gehören dem Erblasser keine Sachen — praktisch wird das nicht einmal im Armenhause vorkommen —, so müssen also, damit überhaupt von einem Nachlaß geredet werden kann, ihm mindestens Rechte zustehen. An Rechten sind aber ebenso wie an Sachen dingliche Rechte möglich: das Bürgerliche Gesetzbuch kennt sowohl Nießbrauch wie Pfandrecht an ihnen, und wenn es nicht wie das preußische Landrecht von Eigentum an einem Recht spricht, so ist das eben nur eine Verschiedenheit des Sprachgebrauchs, nicht des Wesens.[2])

[1]) a. a. O. S. 295 Anm. 8; ähnlich Hellwig, Lehrbuch S. 324 Anm. 23 a.

[2]) So auch Enneccerus-Lehmann Bd. 2 S. 13.

Ein anderer Einwand ist dahingehend gemacht worden, daß die Arten der dinglichen Rechte beschränkt seien auf die im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als solche behandelten,[1]) und daß somit für ein dingliches Recht des T.V. im Gesetz kein Raum sei. Zweifellos ist an dieser Ansicht richtig, daß die Parteien nicht willkürlich beliebige Arten von dinglichen Rechten schaffen oder ihrem Wesen nach obligatorische Rechte durch Eintragung im Grundbuch oder auf andere Weise in dingliche verwandeln können, daß vielmehr nur die im Gesetz aufgezählten wirkliche dingliche Rechte sind. Unrichtig aber ist, wie Schultze[2]) nachweist, wenn man als solche nur die im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs behandelten ansieht. Abgesehen davon, daß sich im Landesrecht eine große Anzahl begrenzter dinglicher Rechte findet (ich weise nur hin auf das Lehen- und Erbpachtrecht wie auf die Bergbauberechtigung), auch im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst lassen sich außerhalb des 3. Buches dingliche Rechte feststellen. Als solche erwähnt Schultze das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns am eingebrachten Gut der Frau und das Nutznießungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt am unfreien Kindesvermögen sowie das Recht des Nacherben am Nachlaß vor dem Eintritt der Nacherbfolge. Sie sind alle drei eigene, absolute, gegen Dritte wirksame Rechte auf unmittelbare Sachherrschaft, sei es, daß der Berechtigte wie in den beiden ersten Fällen das ihm „unterworfene" Vermögen nutzen kann, sei es daß er wie im letzten Fall nur ein Widerspruchsrecht gegen die auf einen Vermögensteil gerichtete Zwangsvollstreckung hat.

In der mir bekannten Literatur ist größtenteils nicht untersucht, ob diese Rechte dinglichen Charakter haben oder nicht. Die entgegengesetzte Ansicht finde ich für das Recht des Ehemanns am eingebrachten Gut ausdrücklich ausgesprochen bei Hellwig,[3]) für dieses und das elterliche Nutzungsrecht bei Enneccerus-Lehmann[4]) und für alle drei erwähnten Rechte bei Arnold.[5])

---

[1]) Daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkt des numerus clausus stehe, ist durchaus herrschende Ansicht in der Wissenschaft.

[2]) a. a. O. S. 25 ff.

[3]) Lehrbuch S. 324 Anm. 23 a.

[4]) Bd. 2 S. 20.

[5]) a. a. O. S. 22 f.

Hellwig leugnet den dinglichen Charakter aus dem bereits oben S. 30 bei Bekämpfung des Strohalschen Einwandes als unberechtigt zurückgewiesenen Grunde, daß sich das Recht des Ehemanns keineswegs allein oder auch nur in erster Linie auf Sachen beziehe. Er konstruiert für den Ehemann ein absolutes Recht sui generis, das er „Verwaltungsrecht" nennt, und gewährt ihm eine Rechtsmacht, die mit der von Schultze erteilten dinglichen inhaltlich übereinstimmt, indem er es vorzieht, sein „Verwaltungsrecht als eine dem römischen Recht nicht bekannte besondere Art von Rechten aufzufassen und nicht den Versuch zu machen, es unter Verwendung des Begriffs „dingliches Recht an fremder Sache" in die romanistische Schablone einzupressen". De gustibus non est disputandum! Da mir bei der Feststellung des dinglichen Charakters dieser Rechte weder ihrem Wesen noch dem des übergeordneten Begriffs ein Zwang angetan zu werden scheint — nebenbei bemerkt ist es mir unklar, warum die sogenannte „Schablone" absolut eine romanistische sein soll, da dem germanischen Recht der Begriff des dinglichen Rechts an fremder Sache ebenso bekannt wie dem römischen ist —, so möchte ich es eher für unzulässig erachten, den früheren Theorien fremde Rechtsfiguren zu schaffen, solange die bisherigen Konstruktionen zur Erklärung ausreichen. Erwähnt sei zu Hellwig noch, daß er dem T.V. sein dem dinglichen Recht inhaltlich gleiches „Verwaltungsrecht" nicht zugesteht, allerdings nicht ohne Zweifel.[1])

Gegen die ohne Begründung aufgestellte Enneccerus-Lehmannsche Behauptung „Weder ehemännliches noch elterliches Nutzungsrecht gelten als dingliche Rechte" lassen sich die eigenen Worte der Autoren ins Feld führen. Nach Lehmann[2]) versteht die Wissenschaft unter dem Begriff der dinglichen Ansprüche die Ansprüche aus dinglichen Rechten; Enneccerus[3]) nennt treffend auch die Ansprüche aus Familien- und Erbrechten dingliche, so daß sich daraus der einfache logische Schluß ziehen läßt, auch Erbrechte und Familienrechte seien dingliche Rechte.[4]) Natürlich darf man beide nicht ganz identifizieren,[5])

[1]) a. a. O. S. 315 Anm. 12.

[2]) Bd. 2 S. 4.

[3]) Bd. 1 S. 316.

[4]) Nicht etwa Sachenrechte, die von den dinglichen Rechten als dem Oberbegriff scharf zu trennen sind.

[5]) Sie werden daher mit Recht bei Enneccerus Bd. 1 S. 316 einander gegenübergestellt.

dinglich sind diese Rechte vielmehr nur insoweit, als sie ihrem Inhaber Sachen oder Rechte an bezw. auf Sachen unterwerfen, und das trifft bei dem erwähnten Nutznießungsrecht des Ehemanns wie der Eltern zu.[1]) Daß eine etwaige Eintragung solcher Rechte im Grundbuch wirkungslos wäre,[2]) beweist nichts. Gewiß wird das Recht des Ehemanns oder, was wichtiger ist, die Beschränkung des Rechts der Ehefrau nicht eingetragen, aber das ist auch gar nicht notwendig: B.G.B. § 1404 bestimmt ja, daß ein Dritter diese Beschränkungen stets gegen sich gelten lassen muß, auch wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist. Man kann also sagen, die Dinglichkeit wohnt dem Rechte des Ehemanns so sehr inne, daß sie selbst gegenüber dem guten Glauben, dem Besieger aller sonstigen dinglichen Rechte, das Feld behauptet.

Als dritter Gegner der verteidigten Ansicht wurde Arnold erwähnt. Er behauptet, beim Recht des Ehemanns am eingebrachten Gut und beim Recht der Eltern am unfreien Kindesvermögen sei das primäre und den Ausschlag gebende Moment ein familienrechtliches, beim Recht des Nacherben am Nachlaß vor Eintritt der Nacherbfolge ein erbrechtliches. Als ob das je bestritten wäre, je bestritten werden könnte! Aber das schließt doch nicht aus, daß diese Rechte dingliche sind. Arnold erkennt das auch an mit den Worten: „Gewiß ist die den beiden ersten Rechtsverhältnissen zugrunde liegende Familiengewalt eine dingliche, gewiß ist das Recht des Nacherben auf Nacherbfolge ein dingliches", aber er meint, die sachenrechtliche Natur dieser Rechtsverhältnisse werde absorbiert von familienrechtlichen bezw. erbrechtlichen Bestimmungen, sie trete hinter andere Momente zurück. Wie ist denn das möglich? Hört denn das Eigentum des Erben am Nachlaß, des Ehemanns an der Hälfte des Gesamtgutes auf, ein dingliches Recht zu sein, weil dabei das primäre Moment ein erb- bezw. familienrechtliches ist; wird der dingliche Charakter des Lehensrechts dadurch absorbiert, weil ihm ein Treueverhältnis zugrunde liegt; verliert das deutschrechtliche Jagd- und Forstregal die Natur eines dinglichen Aneignungsrechts, weil es auf staatsrechtlicher Grund-

---

[1]) Früher hießen beide Rechte noch „Nießbrauch", mit welchem Namen ihre Dinglichkeit deutlich gekennzeichnet war.

[2]) So Enneccerus-Lehmann II, 20.

lage beruht? Sicherlich nicht; die aufgeführten Rechte sind und bleiben dingliche. Ist das richtig, so ist damit auch die Möglichkeit anerkannt, daß sich im geltenden Recht noch mehr dingliche Rechte finden, daß z. B. auch das Recht des T.V. am Nachlaß ein dingliches ist.

Dieses dingliche Recht des T.V. ist nicht etwa Eigentum am Nachlaß. Eigentümer ist der Erbe. Daraus ergibt sich, daß das Recht des T.V. an fremder Sache besteht und daß es nicht ein Vollrecht, sondern ein begrenztes dingliches Recht ist. Die Begrenzung ist einerseits eine zeitliche: Das Recht des T.V. endet, sobald er seine Obliegenheiten erfüllt hat,[1]) andererseits eine inhaltliche: der T.V. kann nach § 2205 keine unentgeltlichen Verfügungen treffen, soweit sie nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Im übrigen hat er ein sehr weitgehendes Recht: er hat den Nachlaß zu verwalten, in Besitz zu nehmen und kann über die Nachlaßgegenstände verfügen, so daß man hier wie beim Lehen und bei der Erbpacht von einem eigentumsähnlichen Recht sprechen kann, wenn auch nicht wie bei ihnen von einem Nutzungsrechte; denn der T.V. hat sein Recht nicht zu eigenem Vorteil, er ist Rechtsträger in fremdem Interesse.

Gegen die Annahme eines beschränkten dinglichen Rechts des T.V. am Nachlaß hat Strohal[2]) zwei Gründe geltend gemacht. Er meint, sobald die Zugehörigkeit einer Sache zum Nachlaß aufhöre, verliere auch der T.V. das Verfügungsrecht über sie, dagegen könnten dingliche Rechte an fremder Sache fortbestehen, auch nachdem das Recht des bisherigen Eigentümers fortgefallen sei; so habe es keinen Einfluß auf den Nießbrauch, wenn das Eigentum des Bestellers durch Ersitzung eines Dritten erlösche. Er beruft sich hierfür auf § 945 B.G.B.

Dieser Paragraph spricht als Regelfall aus, daß dingliche Rechte an fremder Sache erlöschen, wenn ein Dritter das Eigentum an der belasteten Sache ersitzt. Ebenso verliert der T.V. sein Verfügungsrecht über einen Nachlaßgegenstand, der von einem Dritten ersessen wird. Ausnahmsweise soll nun ein dingliches Recht bestehen bleiben, falls der Eigenbesitzer bei dem Erwerb des Eigenbesitzes in Ansehung

[1]) Falls ihm der Erblasser nach § 2209 mit der Verwaltung auch noch Erledigung der sonstigen Aufgaben betraut, nach 30 Jahren (§ 2210).

[2]) a. a. O. S. 295 Anm. 8.

dieses Rechts nicht in gutem Glauben war oder sein Bestehen später erfuhr. Dieser Ausnahmefall ist bei der Testamentsvollstreckung undenkbar. Wer weiß, daß ein Gegenstand der Verfügung eines T.V. unterliegt, muß auch wissen, daß die Sache zu einem Nachlaß gehört und im Eigentum des Erben steht; er ist also kein gutgläubiger Eigenbesitzer mehr, und eine Ersitzung ist ausgeschlossen.[1]) § 945 kann somit m. E. eine Verschiedenheit zwischen dem Recht des T.V. und einem dinglichen Recht an fremder Sache nicht beweisen.

Ebenso wenig würde eine eventuelle Berufung auf B.G.B. § 936 zum Ziele führen. Nach ihm vernichtet in der Regel der gutgläubige Erwerb einer Sache vom Nichteigentümer wie das Eigentum so auch die an ihr bestehenden dinglichen Rechte, und letztere bleiben nur dann unberührt, wenn der Erwerber in Ansehung ihrer nicht in gutem Glauben war. Nicht anders ist es bei der Testamentsvollstreckung: Wer vom Erben erwirbt, ohne von der Anordnung einer Testamentsvollstreckung zu wissen, bringt nach § 2211 Abs. 2 (§§ 932 und 936) das Eigentum des Erben und das Verfügungsrecht des T.V. über die Sache zum Erlöschen. Im entgegengesetzten Fall aber hindert der böse Glaube des Erwerbers nicht nur den Untergang des Rechts des T.V., sondern auch den Übergang des Eigentums, da dann der Erbe sich dessen nicht entäußern kann. Ein Unterschied zwischen dem besonderen dinglichen Recht des T.V. und den sonstigen dinglichen Rechten ist also vorhanden, aber anders als Strohal meint: der dingliche Charakter des ersteren zeigt noch stärkere Wirkung als bei den übrigen.

Als zweiten Gegengrund führt Strohal an, das dingliche Recht sei nicht geeignet, die rechtliche Stellung des T.V. allseitig zu erklären, und erkläre insbesondere nicht die rechtliche Macht des Vollstreckers zur Eingehung von Verbindlichkeiten.

Auf den letzten Teil seines Einwandes mag mit einer Frage geantwortet werden: Wie erklären sich denn die vom Vasallen kontrahierten, den Lehnsherrn beim Heimfall treffenden Lehnsschulden? Und

---

[1]) Eine Ausnahme bildet der Fall, daß sich der Eigenbesitzer gutgläubig für den Erben hält. Dann nützt ihm aber die Ersitzung erst nach dreißig Jahren (§ 2026 B.G.B.), wird also während der Testamentsvollstreckung nicht mehr wirksam.

was das anbetrifft, daß das dingliche Recht nicht ausreiche, um über Inhalt und Grenzen der Befugnisse des T.V. genügenden Aufschluß zu geben, so wüßte ich nicht, wie dies durch die Bezeichnung „Eigenrecht" gebessert würde. Ihr macht mit Recht Lissauer denselben Vorwurf.[1]) Um die Stellung des T.V. gegenüber dem Erben klarzustellen, geben allerdings die Anhänger der Eigenrechtstheorie ihrer Definition die mannigfachsten Zusätze über den Inhalt des Eigenrechtes; aber was hindert, diese der Begriffsbestimmung: „Die Testamentsvollstreckung ist ein besonderes begrenztes dingliches Recht am Nachlaß" gleichfalls hinzuzufügen? Unsere Definition will an den meist trefflichen Erklärungen der Eigenrechtler über den Inhalt des Eigenrechts nichts ändern; sie will nur das Wesen, den Begriff dieses Eigenrechts bestimmen und glaubt in ihm ein eigengeartetes dingliches Recht am Nachlaß entdecken zu können.

§ 14.

c) Widerlegung der Gegengründe gegen die Eigenrechtstheorie.

Nach Erledigung der besonderen Einwände gegen die eben ausgesprochene Ansicht bedarf es noch ihrer Verteidigung gegen die Angriffe der Gegner aller Eigenrechtstheorien, da diese sich natürlich auch gegen sie richten.

Schon auf dem 21. Juristentage, auf dem Hartmann seine Theorie aufstellte, wurde von Levy[2]) gegen sie eingewandt, sie führe praktisch zu dem unbilligen Ergebnis, daß der T.V. in Prozessen die Kostenpflicht und die Vorschußpflicht gegen die Gerichtskasse für seine eigne Person haben würde. Ich halte diese Folgerung für unrichtig. Es ist m. E. etwas ganz Verschiedenes, ob der T.V. als solcher oder als Privatperson auftritt, und dieser Unterschied wird durch die Annahme, der T.V. handle im eignen Namen, nicht aufgehoben.[3]) Nur den als Privatperson auftretenden T.V. aber trifft die Kostenpflicht persönlich;

[1]) a. a. O. S. 30.

[2]) Verhandlungen Bd. 3 S. 239.

[3]) Strohal (a. a. O. S. 295 Anm. 6a) führt ein treffliches Beispiel an: Wenn der römische Volkstribun interzedierte, so tat er dies sicherlich im eigenen Namen, aber er trat hierbei nicht als Privatperson, sondern als Tribun auf.

ist er als T.V. Partei, so ist seine Haftung „auf den Bereich und Umfang seines Dispositionsrechts am Nachlaß beschränkt.[1])[2]) Im Fall seines Unterliegens kann er also die Kosten auf den Nachlaß und somit auf dessen Eigentümer, den Erben, überwälzen. Dadurch treffen diese allerdings den Erben in Prozessen mit dem T.V. unter allen Umständen, ob er nun verlierende oder obsiegende Partei ist. Aber diese „merkwürdige Situation“ [3]) ergibt sich auch in manchen anderen Fällen, z. B. bei Prozessen des Nachlaßverwalters mit dem Erben, und wird jedenfalls durch die Erbenvertretungstheorie nicht beseitigt, da der Vertreter doch vom Vertretenen Ersatz verlangen können muß.

Goldfeld[4]) hat bei Bekämpfung der Eigenrechtstheorie die Frage aufgeworfen, ob denn, falls der T.V. innerhalb seiner Befugnisse eine Zahlung empfange, sich Mobilien tradieren lasse oder einen Vertrag schließe, er derjenige sei, der das Eigentum an den Geldstücken oder Mobilien erwerbe, auf den die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage übergingen. Er meint, dann müsse man den T.V. einfach als Eigentümer des Nachlasses ansehen. Ebenso behauptet Hellwig, die Gewährung eines Eigenrechts an den T.V. zwinge dazu, in ihm den Gläubiger der Nachlaßforderungen zu erblicken. Diesen Einwendungen gegenüber sei auf das Beispiel des Nießbrauchs am Vermögen hingewiesen.[5]) Wie der Nießbraucher eine zu dem Vermögen gehörige Forderung einziehen kann, ohne dadurch zu deren Gläubiger zu werden, wie er an den auf Grund der Forderung geleisteten Gegenständen den Nießbrauch, nicht das Eigentum erwirbt, so erhält der T.V. an den in den Nachlaß gelangten Sachen sein eigengeartetes dingliches Recht und wird nicht Eigentümer derselben, ist nicht Gläubiger der Forde-

---

[1]) Ebenso wird der T.V. als Partei der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nur soweit unterworfen, als sein Dispositionsrecht am Nachlaß reicht.

[2]) Arnold a. a. O. S. 24 meint, diese Art der Haftungsbeschränkung sei dem Gesetzbuch unbekannt, nimmt sie aber gleich darauf für seine eigene Konstruktion (Vertretung des Erben in Ansehung des Nachlasses) in Anspruch. Es ist nicht einzusehen, warum das Gesetz eine Verpflichtung des T.V. als solchen nicht gestatten sollte, wenn es Raum hat für eine Vertretung und Verpflichtung des Erben als solchen.

[3]) So Arnold a. a. O. S. 18.

[4]) a. a. O. S. 90.

[5]) So Schultze S. 85.

rungen. Arnold[1]) nennt das eine contradictio in adjecto; er meint, eine Forderung könne nur von ihrem Gläubiger siegreich geltend gemacht werden, da jedem anderen die Sachlegitimation fehle. Dieser Behauptung widerspricht aber der klare Wortlaut des Gesetzes: B.G.B. § 1075 stellt bei der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher diesen ausdrücklich dem „Gläubiger" gegenüber.

Arnold[2]) wendet weiter ein, wenn der T.V. Partei wäre, so müßte er doch auch in Passivprozessen der ausschließlich Legitimierte sein. Ich glaube auch darin keinen erheblichen Gegengrund gegen die Eigenrechtstheorie erblicken zu können. Gewiß: Hat der T.V. ein Eigenrecht, so muß er auch in Passivprozessen Partei sein können. Das ist denn auch bei dem T.V. mit normalen Befugnissen der Fall. Allerdings gestattet B.G.B. § 2213 dem Nachlaßgläubiger auch den Erben bezw. nur den Erben zu verklagen und wahrt ihm somit ein Recht, dessen er zuweilen bedarf,[3]) z. B. wenn er das eigne Vermögen des Erben in Anspruch nehmen will. Aber solch ein Prozeß gegen den Erben allein berührt nicht das Eigenrecht des T.V.; eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß braucht er nur zu dulden, wenn er dazu verurteilt ist, so daß also stets ein Prozeß vorhergehen muß, in dem er Partei war. Damit ist sein Eigenrecht genügend gewahrt.

Auf die Möglichkeit, daß mehrere T.V. aufeinander folgen, gründet Cosack[4]) ein Argument gegen die Anhänger der Eigenrechtstheorie. Sie müßten, meint er, den zweiten T.V. als Rechtsnachfolger des ersten ansehen und demgemäß bei Prozessen, die vom ersten T.V. oder gegen ihn anhängig gemacht seien, die für den Fall eines Parteiwechsels geltenden Regeln anwenden. Ich wüßte nicht, wie dies irgend zu Unzuträglichkeiten führen könnte. Tritt der Wechsel nach beendetem Rechtsstreit ein, so ergibt die Anwendung der §§ 325 Abs. 1 und 727 Z.P.O. durchaus billige Resultate; ebenso wenn sich die Person des T.V im Laufe des Rechtsstreits ändert, die Anwendung von Z.P.O. § 239.[5]) Daß auch die „natürlichere" Auffassung Cosacks, der T.V. sei Erben-

[1]) a. a. O. S. 24.

[2]) a. a. O. S. 18.

[3]) vgl. Denkschrift S. 290 und 291.

[4]) Lehrbuch S. 808.

[5]) § 239 spricht zwar nur vom Tod der Partei, eine analoge Ausdehnung auf andere Veränderungsgründe ist aber unbedenklich.

vertreter, in diesem Falle nicht gerade zu unmöglichen Ergebnissen führt, kann doch gewiß kein Grund gegen unsere Ansicht sein.[1])

Eine gewisse Schwierigkeit ergibt sich allerdings nach unserer Theorie aus der Beendigung der Testamentsvollstreckung bei schwebendem Rechtsstreit. Während bei der Auffassung Cosacks hier nur die Vertretungsmacht des T.V. aufhört und anstelle des früheren Parteivertreters nun einfach der bisher vertretene Erbe den Prozeß führt, ist bei unserer Ansicht die Klage wegen Aufhörens der Sachlegitimation abzuweisen und muß vom Erben neu angestrengt werden. Aber dies unerwünschte Ergebnis[2]) läßt sich leicht dadurch vermeiden, das gleichzeitig gegen Vollstrecker und Erben geklagt wird; auch kann eine bloße Unbequemlichkeit bei der praktischen Anwendung einer Theorie nie dazu genügen, ihre Unrichtigkeit darzutun.

Als Resultat unserer Betrachtung ergibt sich somit als aufrecht zu erhaltende Ansicht: Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers ist ein durch letztwillige Ermächtigung erteiltes, ihm im eignen Namen, aber in fremdem Interesse zur Erfüllung bestimmter Aufgaben zustehendes Eigenrecht, das ihn befähigt, in eine fremde Rechtssphäre mit bindender Wirkung für den materiell Berechtigten einzugreifen, und sich darstellt als ein eigengeartetes begrenztes dingliches Recht am Nachlaß.

§ 15.

B. Die Praxis.

Der wissenschaftliche Streit über die juristische Konstruktion der Rechtsmacht des T.V. ist nicht ohne Einfluß geblieben auf die Entscheidungen der Gerichte. Ja, man kann sagen, in keiner Frage ist die Praxis so abhängig von der Theorie gewesen, hat sie sich der in dieser gerade herrschenden Meinung so widerstandslos angeschlossen,

---

[1]) Um so unerfreulichere Resultate, die bei Schultze S. 68 treffend dargestellt sind, folgen dagegen aus der Cosackschen Theorie bei dem Wechsel in der Person des Erben, trotzdem es in einem Prozeß zwischen dem T.V. und einem Dritten doch sicherlich ganz gleichgültig ist, ob X oder Y Erbe ist.

[2]) Siegert a. a. O. S. 87 ff. bestreitet, daß man zu diesem Resultat kommen müsse, und gibt dem Erben das Recht, in den durch die Beendigung des Amtes des T.V. unterbrochenen Prozeß als Nachpartei einzutreten.

wie in der unsrigen. Als Beweis hierfür mögen die Entscheidungen des Reichsgerichts dienen, die in der offiziellen Sammlung veröffentlicht sind.

Gegen die Vormundschaftstheorie wie gegen die Kochsche Vermächtnistheorie, die noch in Bd. 25 S. 297 als denkbar anerkannt werden, wendet sich schon die Entscheidung in Bd. 16 S. 187 mit treffender Begründung.

In Bd. 8 S. 319 erfahren wir, daß die Testamentsvollstreckung „rechtlich nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurteilen" sei, während Bd. 32 S. 153 versichert, der T.V. sei „als solcher nicht als Mandatar des Erblassers oder der Erben anzusehen".

Einen Anklang an die arbiter-Theorie enthält die Entscheidung in Bd. 16 S. 185 ff. Nach ihr kann der T.V. einer Verfügung, inbezug auf welche die Erben und alle übrigen bei der Ordnung des Nachlasses beteiligten Personen einverstanden sind, auch nicht unter Berufung auf den im Testament kundgegebenen Willen des Erblassers wirksam widersprechen; er ist also zum bloßen Schiedsrichter bei etwaigen Streitigkeiten degradiert. Diese Ansicht wird dann aber in Bd. 25 S. 295 durch Plenarurteil als falsch verworfen.

Einen Bevollmächtigten nennen den T.V. die Entscheidungen in Bd. 23 S. 205; Bd. 42 S. 223 und Bd. 46 S. 300. Darüber jedoch, von wem er bevollmächtigt ist und wen er vertritt, gehen die Ansichten auseinander. Die Unklarheit hierüber wird treffend illustriert durch Bd. 9 S. 210, wo das salomonische Urteil gefällt wird: „Darüber, daß nach gemeinem Recht der T.V. Dritten gegenüber den Nachlaß oder, wenn man will, den Erblasser vertrete, besteht kaum Meinungsverschiedenheit; mit Recht aber sagt man auch, daß er die Testamentserben vertrete." In späteren Jahren wendet sich dann das Reichsgericht gegen eine Vertretung des Erblassers, z. B. in Bd. 32 S. 153 und Bd. 28 S. 296, denn „eine nicht existierende Rechtspersönlichkeit kann nicht vertreten werden". Auch die Nachlaßvertretung wird verworfen, denn ein „Vertreter des Nachlasses ist nur Vertreter des Erben, dem der Nachlaß gehört", so in Bd. 28 S. 296 und in Bd. 16 S. 188. Letztere Entscheidung nennt S. 189 den T.V. einen „vom Erblasser behufs Sicherstellung der Erfüllung der letztwillig begründeten Verpflichtungen des Nachlasses gegen dritte Personen bestellten Vertreter

des Erben". Dieser Auffassung tritt das Urteil in Bd. 25 S. 297 ohne eigene Stellungnahme entgegen.

Dem schließt sich Bd. 32 S. 153 an, wo vielmehr behauptet wird, der T.V. sei als solcher nicht Vertreter des Erben, sondern übe selbständige Rechte und Pflichten aus. Gegen diese Eigenrechtstheorie dringt noch einmal die — allerdings stark modifizierte — Erbenvertretung durch in Bd. 42 S. 223, bis endlich im letzten Bande (56 S. 330) doch jene den Sieg davonträgt, so daß als heutige Ansicht des Reichsgerichts seine sich mit unserer Konstruktion im wesentlichen deckenden Worte gelten können: „Der T.V. soll nicht als Vertreter des Erben angesehen werden; er verwaltet ein (natürlich nicht öffentliches) Amt und hat seine Befugnisse zu eigenem Recht, wennschon er sie im fremden Interesse ausübt."

Ähnlich schwankend erweisen sich die übrigen in Seufferts und Striethorsts Archiv aufgeführten Urteile. Die Stellung der Praxis kann daher für die Entscheidung unserer Frage keinen Stützpunkt bieten und ist deshalb absichtlich in den gesamten bisherigen Ausführungen unberücksichtigt geblieben. Namentlich gibt sie nichts her zur Unterstützung unserer Ansicht, nach der in dem eigenen Recht des T.V. ein beschränktes dingliches Recht am Nachlaß zu erblicken ist.

§ 16.

Anhang.

Die Eintragungsfähigkeit des Rechts des Testamentsvollstreckers.

Von unserem eben erwähnten und in den früheren Paragraphen begründeten Standpunkt aus erledigt sich die Frage, ob das Recht des T.V. eingetragen werden kann, sehr einfach: da es ein dingliches Recht ist, muß es wie alle dinglichen Rechte auch eintragbar sein.

Von dieser Eintragungsfähigkeit ist wohl zu unterscheiden die Eintragungsbedürftigkeit. Der so oft geäußerte Satz „Das dingliche Recht (scil. an unbeweglichen Sachen) bedarf zu seiner Entstehung der Einigung und Eintragung" ist — in dieser Allgemeinheit wenigstens - - falsch. Ich verweise auf die dinglichen Rechte an den zahlreichen buchungsfreien Grundstücken, auf den Erwerb dinglicher Rechte durch Eintritt in die allgemeine Gütergemeinschaft, auf das Eigentum des Erben an den Nachlaßgrundstücken. Das sind so außerordentlich wichtige Ausnahmen, daß man zweifeln muß, ob die oben erwähnte Regel überhaupt noch als Regel anzuerkennen ist. Die Erwägung, daß das Recht des T.V. zu seiner Entstehung nicht der Eintragung bedarf, wird daher nicht als Grund gegen die Dinglichkeit desselben geltend gemacht werden können.

Häufiger als die Entstehung dinglicher Rechte ist dagegen ihre Ausübung an die Eintragung geknüpft. So hat der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehegatte vor seiner Eintragung keine Befugnis zur Mitwirkung bei der Verfügung über das Grundstück; so kann der nicht eintragungspflichtige Grundeigentümer an einen nicht gleichfalls vom Buchungszwang Befreiten nur veräußern, wenn er sich vorher

eintragen läßt, und auch eine Belastung des Grundstücks ist ihm nur nach vorheriger Eintragung möglich.[1]) Auch der Erbe, der über ein Nachlaßgrundstück verfügen will, bedarf dazu im allgemeinen der Eintragung seines Rechts.

Nach alledem wird man auch verlangen müssen, daß das Recht des T.V. eingetragen werde, sobald er es ausüben will. Nun gilt für den Erben eine besondere gesetzliche Vorschrift, § 41 G.B.O., nach der die Eintragungsbedürftigkeit seines Rechts wegfällt, falls es auf den Namen des Erblassers eingetragen ist und er nur eine Übertragung oder Aufhebung des betreffenden Rechts vornimmt. Diese Ausnahmebestimmung ist durch Abs. 2 des erwähnten Paragraphen auch auf rechtsübertragende und rechtsaufhebende Verfügungen des T.V. ausgedehnt, so daß dieser in solchen Fällen weder des Erben noch sein eigenes Recht eintragen zu lassen braucht. Erfolgt die Eintragung des Erben, die selbstverständlich immer beantragt werden kann, trotzdem, so ist die Ernennung des T.V. nach § 53 G.B.O. von Amtswegen mit einzutragen.[2])

Die Hauptbedeutung dieser Eintragung mag zwar die sein, daß die durch die Ernennung des T.V. geschaffene Beschränkung des Erben in der Verfügung über das Grundstück offenkundig gemacht werden soll,[3]) aber diese Erwägung allein kann nicht zum Erlaß der Vorschrift geführt haben. Zweifellos liegt ein gleiches Bedürfnis vor nach Offenkundigkeit der Beschränkung eines entmündigten Verschwenders in der Verfügung über sein Grundstück, ein Bedürfnis, dem durch die nach Z.P.O. § 697 dem Amtsgericht vorgeschriebene einmalige öffentliche Bekanntmachung der Entmündigung sicherlich nicht abgeholfen ist, und doch findet sich nirgends im Gesetz eine Bestimmung, die auch die Eintragung des Vormundes anordnete, im Gegenteil, die mecklenburgische A.V. G.B.O. z. B. verbietet direkt seine Eintragung durch die Worte: Die Eintragung erfolgt auf den Namen des Berechtigten, nicht auf den seines gesetzlichen Vertreters (Ziffer 48 Abs. 2). Behandelt das Gesetz den T.V. anders, so ist damit ausgesprochen, daß es ihn

---

[1]) Ausnahme: Über die Belastung eines buchungsfreien Grundstücks mit einer Dienstbarkeit entscheiden nach E. G. B.G.B. Art. 128 die Landesgesetze.

[2]) vgl. ebenso F.G.G. § 118.

[3]) vgl. Entscheidung des Kammergerichts vom 7. 9. 1900; Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung d. O.L.G. 1900 S. 410.

nicht als Vertreter ansieht,[1]) sondern ihm in völliger Übereinstimmung mit unserer Theorie ein eigenes dingliches Recht am Nachlaß zugesteht.

Die Grundbuchordnung fordert nun, wie erwähnt, eine Eintragung nur, wenn auch der Erbe eingetragen ist, und zwar dann von Amtswegen,[2]) sie hat dagegen für den entgegengesetzten Fall keine Bestimmungen getroffen. Wie nun, wenn der Eintragung des Erben Schwierigkeiten im Wege stehen, wenn man z. B. über seine Person, sein Leben oder seinen Aufenthalt keine Kenntnis hat? Das sind alles Fälle, die sich so oder ähnlich in praxi häufig ereignen können und ereignen werden. Notwendige rechtsaufhebende oder rechtsübertragende Verfügungen kann der T.V. hier ja nach G.B.O. § 41 Abs. 2 ohne vorherige Eintragung des Rechtes des Erben treffen; wie aber, wenn die Neubegründung eines dinglichen Rechtes erforderlich wird, die sich ohne Gefahr nicht verzögern läßt? Setzen wir z. B. den Fall, daß der T.V. die mit vollstreckbarem Titel versehenen und auf Erfüllung drängenden zahlreichen Gläubiger des Erblassers nur durch Belastung des wenig verschuldeten Hauses desselben befriedigen kann, während eine Veräußerung dem Erben großen Schaden bringen würde; oder nehmen wir an, zur Fortführung des gewinnreichen Gewerbes des Erblassers sei der Erwerb eines gerade außerordentlich wohlfeil käuflichen Nachbargrundstückes unbedingt erforderlich. Das praktische Bedürfnis spricht in solchen Fällen doch fraglos dafür, daß der T.V. sich in seiner Eigenschaft als T.V. eintragen lassen und als solcher für den Erben belasten bezw. erwerben kann, ja muß, wenn anders er seine Verwaltungspflicht getreulich erfüllen will.

Diesem praktischen Bedürfnis können alle diejenigen, welche den Charakter der Rechtsmacht des T.V. als eines dinglichen Eigenrechts leugnen, nicht gerecht werden, während von unserem Standpunkte aus kein Bedenken vorliegt, ihm auch in solchen Fällen die Eintragung zu

---

[1]) § 53 G.B.O. bildet demnach ein gewichtiges Argument gegen die Ansicht, der T.V. sei Erbenvertreter.

[2]) Ebenso in Übereinstimmung mit unserer Ansicht vom dinglichen Recht des Nacherben bestimmt G.B.O. § 52 die obligatorische Eintragung desselben neben dem Vorerben. Dagegen versagt das Gesetz allerdings dem Nutznießungsrecht des Ehemannes die Eintragung, schützt es aber ebenso kräftig durch die oben S. 33 erwähnte Sonderbestimmung des § 1404 B.G.B.

gewähren, sie ihm folgerichtig selbst dann zu gewähren, wenn der Erbe ohne Schwierigkeiten eingetragen werden könnte.

Das Recht des T.V. *kann* also stets eingetragen werden; die Eintragung *muß* geschehen, sobald der Erbe eingetragen wird; sie kann unterbleiben, falls der T.V. ein auf den Namen des Erblassers eingetragenes Recht übertragen oder aufheben will.